

a 566111

DON/03

TD
569

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

**PROTECCIÓN DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL
(ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN). Tomo I.**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA MADRID REGISTRO GENERAL
Entrada 01 Nº. 200300003826 10/03/03 16:25:31

Trabajo de tesis doctoral
realizado por Dña. Candela
Galán González, bajo la
dirección del profesor Dr. D.
Juan Damián Moreno,
Catedrático de Derecho
Procesal.

RD/127-626

BIBLIOTECA DE LA
F. DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INSTITUTO DE LA RECUSACIÓN. PERSPECTIVA HISTÓRICA

I. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INSTITUTO DE LA RECUSACIÓN	13
1. LA IMPARCIALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA RECUSACIÓN	13
2. LA APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD, ELEMENTO LEGITIMADOR DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, ACTUAL FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN RECUSATORIO	19
3. LA CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DEL PROCESO EN GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ	36
II. SISTEMAS DE RECUSACIÓN	45
1. CLASIFICACIÓN ATENDIENDO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	46
A) Sistema cerrado o de recusación tasada.....	46
B) Sistema abierto o de recusaciones perentorias.....	54
C) Sistema mixto.....	62
D) Incidencia de la confrontación entre el derecho al juez imparcial y el derecho al juez legal.....	63
2. CLASIFICACIÓN SEGÚN LOS EFECTOS PROCESALES: SISTEMA DE IUDEX SUSPECTUS VERSUS SISTEMA DE IUDEX INHABILIS	69
III. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN	75
1. ACOTACIÓN MATERIAL DEL ÁMBITO INTERPRETATIVO	75
2. LA INTERPRETACIÓN TEOLÓGICA: MÉTODO CONCILIADOR DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD Y EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL	85
3. VALOR Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LO CONCERNIENTE AL DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL	93

CAPÍTULO II

EXÉGESIS DE LAS CAUSAS SUBJETIVAS QUE POSIBILITAN LA SEPARACIÓN JUDICIAL.

I. ANÁLISIS DE LAS RELACIONES FAMILIARES QUE DEFINEN LA RECUSACIÓN	107
1. EL VÍNCULO MATRIMONIAL	111
A) ¿Es la permanencia del vínculo matrimonial hecho conformador de esta causa?	114
B) Ámbito subjetivo.....	120
B.1) Con las partes	120
B.2) Con los abogados o procuradores	123
2. PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD	
A) Concepto y fundamento....	130
B) Diversificación de grado en la definición de la relación	

recusable.....	131
C) Propuesta de limitación del grado de la relación recusable en la línea colateral.....	133
3. PARENTESCO POR AFINIDAD	
A) Concepto.....	136
B) Las relaciones de afinidad en situaciones de crisis matrimonial.....	138
4. RELACIÓN ASIMILABLE AL MATRIMONIO.....	140
A) Concepto y fundamento	142
B) Requisitos que identifican la relación recusable.....	145
B.1) Cuestionabilidad de la heterosexualidad como requisito esencial de la relación recusable	146
B.2) La estabilidad.....	149
B.3) Convivencia more uxorio	155

II. RELACIONES FAMILIARES Y RELACIONES "ASIMILADAS", NO PREVISTAS COMO CAUSA DE RECUSACIÓN

1. «EL PARENTESCO DE AFINIDAD DE HECHO	157
2. LA CAUSA DE ABSTENCIÓN AUTOMÁTICA PREVISTA EN EL ART. 392.1 LOPJ	159
A) Concepto y naturaleza jurídica.....	160
B) Propuesta de redefinición de esta circunstancia como una causa de recusación.....	166
3. INCIDENCIA DE LA RELACIÓN FAMILIAR ENTRE EL JUEZ Y LOS TESTIGOS O PERITOS.....	173

III. RELACIONES INTERPERSONALES RECUSABLES

1. RELACIONES TUTELARES	176
A) Fundamento.....	176
B) Ámbito temporal.....	177
C) Aceptación de la analogía como elemento definidor del ámbito material de esta causa.....	178
2. AMISTAD ÍNTIMA O ENEMISTAD MANIFIESTA	183
A) Concepto.....	183
B) Requisitos esenciales.....	185
B.1) Cualificación del sentimiento.....	185
B.2) Examen de la limitación subjetiva de esta causa.....	193
B.3) Carácter directo de la relación.....	201
B.4) Objetivación de la génesis del sentimiento. manifestación previa al proceso	202
3. RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN	206
A) Relación de subordinación orgánica.....	207
B) Relaciones de subordinación de carácter privado.....	211
C) Análisis específico de la subordinación en el ámbito castrense.....	214
4. CAUSA DE RECUSACIÓN ESPECÍFICA DE LOS PROCESOS EN LOS QUE LA ADMINISTRACIÓN ES PARTE	217

IV. CONEXIONES INTERPERSONALES DEFINIDAS POR UNA RELACIÓN PROCESAL.

1. ESTAR O HABER SIDO DENUNCIADO O ACUSADO POR UNA DE LAS PARTES COMO RESPONSABLE DE ALGÚN DELITO O FALTA	219
A) Elementos constitutivos.....	220
A.1) Interposición previa al proceso.....	220
A.2) Admisión a trámite.....	222
B) La cualidad de parte como aspecto delimitador de la causa....	224
C) Ámbito temporal	228
D) Ámbito material.....	229
2. SER O HABER SIDO DENUNCIANTE O ACUSADOR DE CUALQUIERA DE LAS PARTES	232

3. TENER PLEITO PENDIENTE CON ALGUNA DE ÉSTAS	237
A) Delimitación del término «pleito».....	237
A.1) <i>Análisis de la jurisdiccionalidad como nota relevante....</i>	238
A.2) <i>Relevancia de la contradicción.....</i>	242
B) <i>Litispendencia.....</i>	246
4. PROPUESTA DE REGULACIÓN UNITARIA DE LAS CAUSAS 4ª, 6ª Y 7ª DE LA LOPJ	250

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LAS CAUSAS OBJETIVAS DE RECUSACIÓN

I. HABER ACTUADO COMO INSTRUCTOR EN LA CAUSA

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INSTRUCCIÓN.....	253
2. INDIVIDUALIZACIÓN DEL ÁMBITO PROCEDIMENTAL EN EL QUE ACTÚA ESTA CAUSA DE RECUSACIÓN	258
A) El principio de imparcialidad en la fase de instrucción.....	260
B) Análisis de la imparcialidad judicial en la fase intermedia.....	268
3. INTERVENCIÓN PREVIA CONTAMINANTE: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN	280
A) Teoría de la inmediatividad.....	281
A.1) <i>Consecuencias más relevantes de la teoría de la inmediación</i>	285
A.2) <i>Análisis crítico de esta teoría.....</i>	289
B) Teoría de la valoración.....	293
B.1) <i>Relación entre imparcialidad objetiva y adopción de medidas cautelares.....</i>	295
B.2) <i>Imparcialidad objetiva y procesamiento.....</i>	304
B.3) <i>La imparcialidad objetiva y resolución de recursos del juez instructor</i>	310
C) <i>Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....</i>	320

II. HABER RESUELTO EL PLEITO O CAUSA EN ANTERIOR INSTANCIA

1. FUNDAMENTO.....	328
2. PRECISIÓN CONCEPTUAL	330
A) Significación de la expresión «Haber resuelto».....	330
B) Alcance del concepto «Anterior instancia».....	331
B.1) <i>La imparcialidad objetiva en los recursos extraordinarios.....</i>	332
B.2) <i>Conocimiento de nuevo por el órgano que dictó la resolución impugnada en reposición de actuaciones por infracción procesal</i>	337
B.3) <i>La imparcialidad objetiva en relación a las acciones autónomas de impugnación.....</i>	348

III. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA CAUSA 219.5 LOPJ CIRCUNSCRITO A «HABER EMITIDO DICTAMEN SOBRE EL PLEITO O CAUSA COMO LETRADO, O INTERVENIDO EN EL COMO FISCAL, PERITO O TESTIGO».

1. HABER EMITIDO DICTAMEN SOBRE EL PLEITO O CAUSA COMO LETRADO	351
2. HABER SIDO FISCAL PERITO O TESTIGO.....	356

CAPÍTULO IV

OTRAS CAUSAS DE RECUSACIÓN

I. INTRODUCCIÓN	360
II. HABER SIDO DEFENSOR O REPRESENTANTE DE ALGUNA DE LAS PARTES.....	361
A)Causa objetiva versus causa subjetiva.....	362
B)Razones que justifican la sistematización de esta causa de recusación como una causa de naturaleza mixta.....	366
C)Alcance de los términos defensor y representante.....	370
III. TENER INTERÉS DIRECTO O INDIRECTO EN EL PLEITO O CAUSA	
A)Concepto.....	371
B)Análisis de los supuestos en los que existe interés directo.	375
C)Análisis de los supuestos de interés indirecto	385
D)Bosquejo del interés ideológico como apunte del interés indirecto.....	388
E)Requisitos que definen el interés recusable.....	400
IV. HABER OCUPADO EL JUEZ UN CARGO PÚBLICO CON OCASIÓN DEL CUAL SE HAYA PODIDO FORMAR CRITERIO EN DETRIMENTO DE LA DEBIDA IMPARCIALIDAD.....	403
A)Concepto y naturaleza jurídica.....	404
B)«Detrimento en la debida imparcialidad», expresión delimitadora de la intensidad requerida.....	407
C)Injustificada extensión del ámbito subjetivo.....	410
V. REFLEXIÓN SOBRE LOS JUICIOS PARALELOS	
A)Concepto.....	415
B)Acerca de la inclusión del juicio paralelo dentro del elenco de causas legítimas de recusación.....	420
C)Ponderación de los intereses en conflicto: libertad de información e independencia judicial, dos valores enfrentados. Medidas para compatibilizarlos.....	430
VI. MANIFESTACIONES DE REFERENCIA.....	434

CAPITULO V

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN JUDICIAL POR ABSTENCIÓN

I. CONCEPTO.....	440
II. NATURALEZA JURÍDICA.....	445
A)Deber jurídico.....	446
B)Carácter jurisdiccional.....	450
III. ASPECTOS PROCEDIMENTALES.....	457
A) Comunicación.....	457
B) Competencia.....	459
B.1) Régimen de competencia previsto en la LOPJ.....	459
B.2) Consolidación del carácter jurisdiccional de la abstención en la LEC.....	460
C) Decisión.....	462
c.1) Régimen previsto en la LOPJ.....	462

c.2)El régimen que proyecta la LEC.....	464
D) Recursos.....	465

CAPITULO VI

PROCEDIMIENTO DE LA RECUSACIÓN

I. INTRODUCCIÓN	469
II. REQUISITOS GENERALES DE LA RECUSACIÓN	472
1. INTERPOSICIÓN TEMPESTIVA.....	472
A)Reciprocidad entre el deber de notificación de la composición del Tribunal y la interposición tempestiva.....	475
B)Régimen preclusivo previsto en la LOPJ.....	481
C)La tendencia garantista del principio de imparcialidad que subraya el régimen preclusivo previsto en la LEC.....	484
2. FIRMA DE ABOGADO Y PROCURADOR.....	495
3. EXPRESIÓN CONCRETA DE LA CAUSA DE RECUSACIÓN.....	499
4. EL <i>FUMUS BONI IURIS</i> DE LA RECUSACIÓN	502
III. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FACULTAD DE INADMISIÓN A LIMINE LITIS.....	505
IV. EFECTOS PROCESALES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA RECUSACIÓN.....	512
1. AUTOMATISMO EN LA SUSTITUCIÓN DEL JUEZ RECUSADO.....	513
2. LA NO SUSPENSIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL.....	515
V. LA COMPETENCIA EN EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN	
1. INSTRUCCIÓN DEL INCIDENTE DE RECUSACIÓN: PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.....	518
2. NORMAS QUE ESTABLECEN LA COMPETENCIA EN LA RECUSACIÓN DE LOS MAGISTRADOS QUE FORMAN COLEGIO.....	522
A)Normas de competencia para la instrucción del incidente	
A.1) Régimen previsto en la LOPJ.....	522
A.2) Régimen de competencia previsto en la LEC.....	523
B)Normas de competencia para la decisión de la recusación	
B.1) Régimen de competencia previsto en la LOPJ.....	528
B.2) Régimen previsto en la LEC.....	529
3. COMPETENCIA EN LAS RECUSACIONES DE TITULARES DE ÓRGANOS UNIPERSONALES	
A) El régimen previsto en la LOPJ.....	531
B) Régimen proyectado por la LEC.....	532
C) Incidencia del principio de imparcialidad en el nuevo régimen de competencia.....	535
4. RÉGIMEN DE COMPETENCIA PARA LAS RECUSACIONES COLECTIVAS.....	545
VI. LAS PARTES EN EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN	
1. INCERTIDUMBRE ACERCA DE LA EXISTENCIA DE PARTES EN EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN.	550
2. LEGITIMACIÓN.....	559
A)Legitimación activa.....	559
B)Legitimación pasiva.....	565
VII. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.....	568
VIII. LA PRUEBA EN EL INCIDENTE RECUSATORIO	
1. PRECISIÓN CONCEPTUAL.....	569
2. INCIDENCIA DE LA LEC EN EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DE LA RECUSACIÓN PREVISTO EN LA LOPJ.....	575

3. PRINCIPIO DE APORTACIÓN <i>VERSUS</i> PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN.....	578
4. EL AUMENTO DE LAS FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ EN EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN PROYECTADO POR LA LEC.....	581
IX. LA DECISIÓN DEL INCIDENTE DE RECUSACIÓN.....	584
1. EFECTOS QUE PRODUCE EN EL PROCESO PRINCIPAL.....	587
2. PRONUNCIAMIENTOS ACCESORIOS.....	590
X. IRRECURRIBILIDAD DE LA RECUSACIÓN.....	595
XI. MODALIDADES PROCEDIMENTALES DEL INCIDENTE DE RECUSACIÓN.....	598
1. RECUSACIÓN ADMITIDA O CONSENTIDA.....	599
A) Precisión conceptual.....	599
B) Reconsideración de la «recusación admitida» en el contexto normativo actual.....	603
C) Naturaleza jurídica.....	605
c.1) <i>Diferencias entre aceptación y allanamiento.....</i>	<i>606</i>
c.2) <i>Distinción entre aceptación y admisión de hechos.....</i>	<i>608</i>
c.3) <i>Diferencias entre aceptación y declaración de certeza...</i>	<i>611</i>
D) Momento procesal para efectuar la aceptación.....	613
E) Efectos que produce la aceptación en el incidente de recusación.....	614
2. LA RECUSACIÓN EN EL JUICIO VERBAL.....	617
A) Perspectiva histórica.....	617
B) Especialidades procedimentales de la recusación del juicio verbal.....	620
B.1) <i>La suspensión del juicio verbal.....</i>	<i>621</i>
B.2) <i>Atribución de la instrucción y de la decisión del incidente al mismo juez.....</i>	<i>623</i>
C) La recusación aceptada en el juicio verbal.....	625
3. RECUSACIÓN INTERPUESTA TRAS EL SEÑALAMIENTO PARA LA VISTA.....	626
4. PROPUESTA DE GENERALIZACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL. LA CONVENIENCIA DE ESTABLECER EL EFECTO SUSPENSIVO EN LA RECUSACIÓN.....	629
Conclusiones.....	632
BIBLIOGRAFÍA	642

I. INTRODUCCIÓN.

El órgano jurisdiccional que ha de juzgar ha de estar únicamente condicionado y subordinado a la ley, y debe resolver sobre el fondo de la cuestión debatida dejando al margen cualquier otra consideración o preferencia personal o de interés propio, precisamente porque su función radica en la posición suprapartes que ostenta. Por ello, la garantía de la imparcialidad necesariamente debe concurrir al ejercer la jurisdicción¹.

Son diversas las notas que caracterizan la actividad jurisdiccional: objetividad, imparcialidad e independencia son conceptos que si bien están interrelacionados entre sí, cualifican aspectos distintos de la jurisdicción. Por ello resulta preciso perfilar su contorno y trazar su contenido para delimitar las diferencias que presentan².

¹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979, se pronuncia en este sentido dictaminando que «el sometimiento del juez a la ley y su independencia frente a todo lo que no sea la ley, son dos correlativos. Ambos caracteres, sometimiento e independencia, integran el concepto de jurisdicción en el Estado moderno».

² REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, p. 163, entiende que «la independencia es aquella institución jurídica por medio de la cual se pretende eliminar toda subordinación de derecho para el juez con respecto a lo que exceda del sector de ordenamiento jurídico al cual se le vincula con carácter exclusivo. La imparcialidad o neutralidad, por el contrario, son parámetros o modelos de actitud pero en ningún caso categorías jurídicas». Para dicho autor mientras que la independencia configura una categoría jurídica y por tanto abstracta, «la imparcialidad es la traducción empírica de la independencia, esto es un modelo de actuación del juez que define el campo de lo fáctico con el

La actividad jurisdiccional, en primer lugar, se caracteriza por un marcado «desinterés objetivo» respecto a la materia sobre la que versa su actividad, nota ésta que permite diferenciar la actividad jurisdiccional de la actuación administrativa. Este desinterés también denominado ajeneidad u objetividad define el quehacer jurisdiccional y lo distingue del quehacer de la Administración³.

La imparcialidad resulta ser un concepto estrechamente relacionado con el desinterés objetivo pero no igual a éste. En primer término imparcialidad significa la posición transcendente de quienes ejercen la Jurisdicción respecto a los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio, es decir, la imparcialidad arguye que a la ordinaria existencia de sujetos jurídicos en posiciones procesales contrapuestas corresponde una posición equidistante y superior a ambas partes de la persona que ejerce jurisdicción y de los órganos jurisdiccionales⁴⁵. En este sentido, cabe reseñar una primera acepción de

fin de hacer frente a todas las subordinaciones ajurídicas que podrían alterar o impedir la consecución de la deseada corrección aplicativa».

³ MONTERO AROCA, «La función jurisdiccional y el «status» de jueces y magistrados», Justicia, núm. 1, 1986, p. 15, confiere a la actuación jurisdiccional la nota de desinterés objetivo, esto es, juzga de la actividad ajena en la que no está interesada objetivamente y de una voluntad de ley; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, T. I, Madrid, 1991, p. 27; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Una nueva reflexión acerca del concepto del Derecho Procesal», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 3, 1970, pp. 598-600 identifica, sin embargo, los conceptos de imparcialidad y ajeneidad.

⁴ Vid DE LA OLIVA SANTOS y FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, T. I Madrid, 1991, p. 27.

imparcialidad que es asimilable a neutralidad o posición equidistante. Precisamente la garantía de la posición neutral del juez en cuanto modelo de actuación procesal que pretende el ordenamiento jurídico está preordenada a la efectividad del principio de contradicción y defensa, más que la garantía de imparcialidad entendida como aptitud del juez.

En segundo término, el concepto de imparcialidad expresa la actitud anímica del juez que actúa como dique frente a las subordinaciones fácticas⁶.

La independencia, por su parte, se traduce en la absoluta soberanía de cada órgano jurisdiccional y de los juzgadores que lo integran en el ejercicio de su oficio.

Siendo la independencia judicial un término que presenta una multiplicidad de acepciones, la doctrina suele distinguir entre independencia institucional, organizativa y funcional⁷. Significando, por un lado, la independencia del Poder Judicial⁸, como institución

⁶ En este sentido, REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, op. cit., p. 167.

⁷ Vid. GONZALEZ GRANDA, *Independencia....* op. cit., p. 91.

⁸ En contra manifiesta GONZÁLEZ MONTES, *Enciclopedia jurídica básica*, en la voz independencia judicial que declara que «la independencia no puede predicarse de abstracciones como la justicia o el propio Poder Judicial (...) predicar la independencia del propio Poder judicial constituye una impropiedad (...) no puede hablarse de la independencia del Poder judicial dentro del Estado, de la misma forma que tampoco pueden ser independiente los demás poderes, dado que no se trata de un Estado dentro de otro Estado. En todo caso, constituye un poder autónomo, en cuanto cuenta con una organización propia en la que no cabe injerencias de los otros poderes y tiene atribuida en

dotada de un relevante poder político en el ámbito de la tripartición de poderes del estado conforme a la doctrina de Montesquieu, e independencia organizativa y funcional, destacando la independencia de los órganos judiciales frente a otros Poderes del estado mediante la creación de un gobierno autónomo, y englobando, asimismo, la independencia personal de jueces y magistrados articulada mediante el establecimiento de una compleja trama de garantías dirigidas a preservar al juez frente a cualquier injerencia o presión externa que pueda incidir en el desarrollo de la función jurisdiccional⁹.

Asimismo, es usual distinguir entre independencia externa e independencia interna¹⁰, contemplando en la primera acepción el conjunto de técnicas e instrumentos jurídicos destinados a evitar injerencias que puedan provenir de otros poderes del Estado o de los particulares¹¹. En la segunda acepción, estarían comprendidas todas las garantías destinadas a preservar a los jueces y magistrados de las presiones

exclusiva la función de juzgar».

⁹ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, «Poder Judicial e independencia judicial», Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales de 15 de Septiembre de 1951, Madrid, 1951, p.43.

¹⁰ Vid. DIEZ PICAZO, *Enciclopedia jurídica básica*; ANDRÉS IBAÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, Madrid, 1986; DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, pp. 58-59.

¹¹ GONZALEZ GRANDA, *Independencia...* op cit., p. 22, declara que no deben quedar dentro de esta clasificación incluidos los posibles ataques que pudieran provenir de las partes porque «no se trata de ataques a la independencia sino directamente a la imparcialidad, mientras que los otros ataques a la independencia suponen un paso intermedio como ataque a la imparcialidad, y porque los otros ataques son procedentes de estructuras de poder, de tal manera que pueden suponer extralimitaciones de facultades

que pudieren provenir de la propia estructura jerárquica de la organización judicial, aún cuando en esta acepción suele equipararse a imparcialidad¹².

Por otra parte, aparece proclamada la distinción entre independencia e imparcialidad de manera que, si bien en última instancia ambas garantizan la sumisión exclusiva del juez a la Ley, la independencia se afirma del órgano jurisdiccional frente a toda clase de influencias que pudieran proceder del exterior, mientras que la garantía de imparcialidad «afecta a la actitud del Juez-persona en relación con las partes del proceso o con el proceso mismo»¹³.

La independencia inherente a la función jurisdiccional se articula como instrumento idóneo respecto a la finalidad última perseguida, que es la imparcialidad judicial¹⁴.

que les son propias mientras que no sucede así en este caso».

¹² SILVA MELERO, «Las garantías de la independencia judicial, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1955, p. 17; CASTÁN TOBEÑAS, «Poder judicial e independencia judicial», op. cit., p. 43, que estima que la independencia en su proyección interior, posición del juez frente a las partes pretende evitar que motivos de afecto o de aversión, interés en el juicio que se ventile u otras causas semejantes puedan afectar a la imparcialidad del fallo.

¹³ Vid. DAMIAN MORENO, *Introducción al Sistema Judicial Español*, Navarra, 2002, p. 45; DE OTTO, *Estudios sobre el Poder judicial*, op. cit., p. 63.

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, *La independencia del juez y control de su actividad*, Valencia, 1993, p. 29, que al efecto reseña que la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el Juez debe siempre actuar como «tercero» en la composición de los intereses en conflicto, con la ley como punto de referencia inexcusable.

Independencia e imparcialidad son dos aspectos de la Jurisdicción complementarios. La primera hace referencia a la Jurisdicción como potestad entendida como facultad que se concede en régimen de monopolio a los juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial. La imparcialidad se refiere a la Jurisdicción como función, es decir, en cuanto ejercicio de esa facultad o potestad dentro de un proceso concreto¹⁵.

No debemos confundir estos dos planos diversos entre sí, puesto que una cosa es el ejercicio de la función jurisdiccional, y otra bien distinta es la función misma. Por tanto, hemos de incidir en la idea de que la independencia jurisdiccional exige que el juez a la hora de administrar justicia esté única y exclusivamente sometido a la ley, preservándole de cualesquiera injerencias que provengan del exterior. Por el contrario, la imparcialidad se cierne sobre una persona determinada, juez o magistrado, que ejerce la función jurisdiccional y previene cualquier relación ajurídica en un proceso concreto, bien con respecto al objeto, o bien con las partes igualmente determinadas.

El concepto de imparcialidad judicial en la acepción por nosotros destacada distingue dos perspectivas: la subjetiva, que implica que el Juez ha de estar libre de toda clase de relaciones personales y enemistades con cualquiera de las partes; y la objetiva, según la cual el juez no ha de tener una

¹⁵ CALVO SÁNCHEZ, «La recusación de jueces y magistrados (I)», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, 1988,

relación con el objeto del pleito concreto, ni en sus intereses propios ni en sus opiniones individuales especialmente políticas y religiosas, debiendo estar en condiciones de verificar un examen libre de prejuicios sobre todos los puntos de hecho y de derecho que pudieran provenir de un contacto previo en el desarrollo del proceso¹⁶.

Teniendo en cuenta la interrelación existente entre los dos conceptos que han sido destacados cabría distinguir el diverso régimen de garantías establecido para asegurar su efectividad. Así, para garantizar la independencia el ordenamiento ha establecido un sistema de incompatibilidades y prohibiciones cuya finalidad última es la desvinculación del juez de aquellas subordinaciones jurídicas que puedan quebrantar su independencia.

La doctrina tradicional hace una agrupación sistemática de las causas de incompatibilidad con el ejercicio de la función jurisdiccional, distinguiendo entre causas de incompatibilidad absoluta y causas de incompatibilidad relativa.

Las causas de incompatibilidad absolutas se significan no sólo por tener un marcado carácter de generalidad¹⁷, peculiaridad que pertenece al acervo de

p. 75, precisamente parte de la distinción de ambas categorías en dichos términos.

¹⁶Vid. PENSKI, «El juez en la República federal alemana: una descripción de la posición, función, independencia e imparcialidad judiciales», *Documentación jurídica*, núm. 42 a 44, p.295.

¹⁷ Cfr. AGUILERA DE PAZ y RIVES MARTÍ, *El derecho judicial español*, T. I, Madrid, 1920, p. 610; JIMENEZ ASENJO, *Organización*

las incompatibilidades, sino porque además excluyen totalmente el ejercicio de la función jurisdiccional conjuntamente con el ejercicio de cualesquiera otras funciones y de actividades no jurisdiccionales que se detallan legalmente.

Las incompatibilidades relativas, sin embargo, pese a ese marcado carácter de generalidad no impiden o excluyen el ejercicio de la función jurisdiccional en cualquier caso, sino que lo limitan en determinadas circunstancias y lugares, y se permite, en su caso, la dispensa de dicha incompatibilidad.

Ciertamente la abstención y la recusación junto con las causas de incompatibilidad pudiera afirmarse constituyen figuras jurídicas que desde una perspectiva dogmática cabe encuadrar sistemáticamente en la categoría de la capacidad del juez, pero no son predicables los mismos efectos respecto de todas ellas.

La especificación por ley de una causa de incompatibilidad va a determinar que un juez no pueda ejercer la función jurisdiccional respecto a un determinado proceso por cuanto que aún cuando estuviere investido de potestad jurisdiccional, en aquél específico caso no la puede ejercitar, y ello con absoluta independencia de lo que estimen las partes a cuya voluntad no puede quedar condicionada la capacidad de juzgar, la cual al tener relevancia a efectos de la constitución del órgano jurisdiccional es materia indisponible por mandato constitucional.

Así se afirmaría la incapacidad «ad origen» cuando concurren causas de incompatibilidad, de manera que la violación de la disciplina es susceptible de apreciación *ex officio* por el juez mismo.

Ello a suscitado una polémica doctrinal en cuanto a los efectos de la incompatibilidad sobre la validez de los actos procesales. Quienes consideran que la existencia de una regular constitución del órgano jurisdiccional constituye condición para el ejercicio de la potestad jurisdiccional se muestran favorables a entender que su ausencia o su ilegitimidad comporta la ilegitimidad del poder ejercitado, llegándose a la conclusión de que la concurrencia de una causa de incompatibilidad vicia de nulidad los actos dimanantes del órgano jurisdiccional¹⁸.

En nuestro ordenamiento la regulación por separado de las causas de incompatibilidad, abstención y recusación pone de manifiesto la individualidad de concepto de unas y otras.

En efecto, a diferencia de las causas de incompatibilidad, las causas de abstención y recusación se ciernen sobre situaciones personales del juez con el objeto del proceso o con alguna de las partes por motivos ajenos al proceso, por lo que deben ser consideradas éstas situaciones de carácter privado.

¹⁸En este sentido se pronuncia FARANDA, *La capacità del giudice*, Milán, 1958, p. 198, al declarar que, «desde el momento en que la incompatibilidad incide sobre la capacidad funcional subjetiva del juez, la ausencia de toda situación de incompatibilidad constituye una condición para la legítima constitución del juez». MANZINI, *Trattato di diritto processuale*

De esta forma la abstención en cuanto instrumento que garantiza la imparcialidad judicial constituye un acto procesal unilateral del juez, por el cual se separa del conocimiento de un determinado proceso ante la concurrencia de determinadas circunstancias que podrían cuestionar su imparcialidad. Por mor de ese carácter privado, la abstención se traduce en el cumplimiento de una obligación impuesta al juez, cuya transgresión no explica consecuencias sobre la validez de los actos procesales pronunciados por aquél, dando lugar solamente a una sanción disciplinaria.

Amparar la existencia de un exclusivo interés privado de parte en lo que a recusación se refiere, conlleva la afirmación del carácter dispositivo como principio que informa al instituto de la recusación.

Partiendo de la naturaleza disponible afirmada, no contrastaría con los principios del ordenamiento, que la parte pudiera, a su elección, valerse o no de dicho instrumento. Por tanto, cuando el interesado no ejerza la facultad de recusar aceptando ser juzgado por un juez sobre quien recae una sospecha de parcialidad, el proceso no resultaría afecto de anomalía alguna.

Sobre un plano hermenéutico la recusación constituye un medio a través del cual la parte puede ejercitar una facultad de excepción.

Ahora bien, no cabe desconocer la transcendencia que "la apariencia de imparcialidad", ha supuesto en el ámbito que nos ocupa. De manera que quizá cabría

revisar la finalidad de la recusación como instrumento que no sólo actúe en garantía de un interés de parte, sino también de protección de la imparcialidad judicial en una perspectiva garantista del interés público concurrente, y así posibilitar la denuncia de causas de exclusión judicial, en cuanto expresión de circunstancias cuya inobservancia quebranta la imparcialidad del juez en su proyección externa. Desde esta perspectiva, la recusación podría ser considerada como un instrumento dirigido a prevenir la nulidad de los actos procesales que fueren dictados conculcando una prohibición impuesta por ley en cuanto a la constitución del órgano jurisdiccional.

Ello en ningún caso obviaría la disponibilidad reconocida a la parte para ejercitar el derecho a obtener la remoción del juez *suspectus*. Por tanto en este caso ésta vendría a constituir la premisa de la cual se infiere que el juez es capaz hasta que no se vea privado de la legitimación para ejercitar la función jurisdiccional, y ello por mor a una resolución estimatoria de la demanda de recusación.

Advertir en la institución de la recusación, por un lado la disponibilidad reconocida a la parte para ejercitar el derecho a obtener la remoción del juez sospechoso, y por otro la prohibición para el juez recusado de realizar cualquier actividad jurisdiccional en el proceso a que se refiere, constituye por sí elemento suficiente para inferir que el juez es capaz hasta que no se le sustraiga la legitimación para ejercitar la función jurisdiccional en el proceso

concreto, lo cuál tendrá lugar a través de la resolución estimatoria de la recusación. Precisamente es éste carácter constitutivo de la resolución estimatoria de una causa de recusación a la cual la ley liga una específica forma de incapacidad.

En consecuencia el instituto de la recusación es encuadrable dentro del sistema de la incapacidad del juez en cuanto implica la constitución de una situación de incapacidad del juez para ejercer su propia función respecto a un determinado proceso.

Por el contrario desde la otra perspectiva que hemos apuntado una vez superada la noción de recusación como desafío al juez competente y amparado en el perfil público que también concurre en ésta, cabría analizar si también puede instrumentarse como mecanismo de denuncia de una causa de exclusión que determine la incapacidad del juez bajo el perfil de irregularidad en la constitución del órgano jurisdiccional, complementando el régimen existente con el sistema del *iudex inhabilis*.

CAPITULO I

FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INSTITUTO DE LA RECUSACIÓN: PERSPECTIVA HISTÓRICA

I. FUNDAMENTO DE LA RECUSACIÓN.

1. LA IMPARCIALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA RECUSACIÓN.

Tradicionalmente la institución de la recusación se ha venido perfilando como un instrumento eficaz, dirigido a garantizar la imparcialidad de los jueces o magistrados que resultan competentes en la resolución de un determinado litigio.

En concreto, AGUILERA DE PAZ se refería a esta institución como «el más poderoso dique contra los extravíos de la pasión o contra las tentaciones del cohecho, los impulsos de la venalidad y las demás causas que pudieran alejar a los tribunales de la independiente y serena abstracción en que deben inspirarse sus fallos»¹.

Ha sido por tanto, la duda o sospecha respecto a la potencial parcialidad del juez recusado insita en toda recusación, la que ha constituido la base o

¹ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1923-1924, T. I, p. 364.

fundamento sobre el que se ha ido cimentando el régimen jurídico que define esta figura jurídica.

Precisamente, una de las razones que justifican el perfil restrictivo con el que se ha ido trazando el régimen recusatorio, ha sido evitar que la mera suspicacia de las partes o la alegación de causas inanes e irrelevantes pudiera suponer la separación del juez legalmente competente para la decisión del proceso.

Pero sin duda alguna, las fuertes restricciones que caracterizan nuestro régimen recusatorio y que obstaculizan el ejercicio del derecho a recusar, son el corolario de una determinada manera de concebir la institución recusatoria. Así, en un primer momento la recusación es concebida como una afrenta que se profiere al juez frente a quien se formula, más que como un derecho legítimo que corresponde a las partes, y que actúa como mecanismo de defensa frente a quien siendo juez natural y estando incurso en una causa de abstención, no se hubiere abstenido.

La consideración peyorativa de la recusación según la cual, ésta «supone una merma para la reputación y prestigio del funcionario recusado»², tuvo como consecuencia inmediata el establecimiento de una serie de limitaciones de tipo formal y material que actuaban como paliativo a la proyección

² AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, op.cit., p. 370.

negativa que distinguía esta institución.

En este sentido, MANRESA advertía «la importancia de la recusación por el agravio que infiere al recusado tachándolo de parcial»³.

Asimismo puede apreciarse que el criterio sobre el que el legislador ha ido fundamentando las causas de recusación, a diferencia del que ha inspirado el establecimiento de un régimen de incompatibilidades⁴, no ha estado basado en un espíritu de desconfianza hacia quienes desempeñan la función jurisdiccional, sino que por el contrario se justifica en juicios hipotéticos de contenido general respecto a la resistencia media humana frente a determinados influjos procedentes del exterior⁵.

No podemos olvidar, como hace ostensible el profesor GOMEZ ORBANEJA, que «el peligro de la parcialidad del juez es el motivo y no la causa de

³ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por ley de 21 de junio de 1880 y publicada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881*, T. I, Madrid, 1891, p. 696; en el mismo sentido, MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 1917, p. 61.

⁴ DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, Madrid, 1942, vol. I, p. 202.

⁵ MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. II, trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín, Buenos Aires, 1951, p. 206, en este sentido recuerda que las circunstancias que han sido taxativamente fijadas por el legislador constituyen arquetipos extraídos de la experiencia general sobre «la resistencia media humana a los móviles internos y externos que pueden influir dañosamente sobre el ánimo de cualquier juzgador».

la recusación»⁶. Ello quiere decir, que el juez recusado no resulta separado del conocimiento de un determinado proceso por el hecho efectivo y fehaciente de ser o no imparcial. La decisión de la recusación no supone una valoración de la aptitud del recusado para enjuiciar con ponderación un determinado proceso en el que es competente, a pesar de concurrir una serie de circunstancias adversas. Muy al contrario, debe limitarse a declarar la existencia de hechos que aisladamente considerados, es decir, sin relación a una persona en concreto, son susceptibles de generar una sospecha razonable respecto de la imparcialidad de aquél en quien concurren.

Por todo ello, para que resulte estimada la recusación propuesta será suficiente constatar que las circunstancias alegadas en relación al juez recusado concurren en el supuesto concreto, y ello con absoluta independencia de la real y efectiva incidencia que las mismas hubieren tenido o podido tener en el ánimo del juzgador al que hacen referencia.

Nuestra exégesis de la normativa reguladora de la abstención y recusación no debe partir de una perspectiva que está hoy en día superada, que es fragmentaria y, por consiguiente, errónea.

⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de Septiembre de 1882*, T. II, Barcelona, 1947, p. 3.

En la actualidad se aprecia cierta inflexión en el modo con el que hasta el momento se ha configurado el derecho a recusar, y esta nueva manera de concebir la recusación, como institución que actúa como garantía de las partes, y que al mismo tiempo es legitimadora de la función que desarrolla la Jurisdicción va adquiriendo un mayor peso específico.

En efecto, circunscribir el fundamento de esta institución exclusivamente a la erradicación del peligro que para la imparcialidad judicial entraña la concurrencia de determinadas circunstancias⁷, representa la exposición de una sola cara del Jano. No debemos olvidar, la no menos importante función de eliminar los graves perjuicios que al prestigio de la función jurisdiccional conlleva que un proceso se resuelva por jueces y magistrados sobre los que planea cierta sombra de parcialidad⁸.

Siguiendo a FERNÁNDEZ-VIAGAS, cabe afirmar que «la satisfacción de dicha garantía a nivel colectivo trasciende además, al menos en gran medida, a la propia condición personal de aquél de quien se

⁷ DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, op. cit., p. 202, en cuanto señala que debiera establecerse «un elenco de normas prohibitivas, que sean enunciadas en términos menos vejatorios para el juez, en cuanto que en éstas normas siempre quedan resquicios por donde se filtra una interpretación más o menos laxa, de la altura moral del funcionario».

⁸ MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 206 y 207, incide en esta idea al señalar que «cuando consten uno o más elementos que hagan sospechoso al juez como tipo humano medio, se le debe excluir del proceso sin tener en consideración el grado particular de fuerza moral del juez».

predica. Supone un estado de confianza derivado de la convicción psicológica de todos los que intervienen en el procedimiento de que el órgano encargado de fallar está situado por encima de los litigantes, pudiendo decidir sin condicionamientos. Si la organización judicial de un país fuera incapaz de proporcionar esta seguridad, sus jueces y tribunales adolecerían de una falta de legitimidad que haría imposible el mantenimiento del pacto social»⁹.

Por todo ello, entendemos que la recusación debiera ser estructurada tanto como garantía de las partes para proteger y asegurar la imparcialidad judicial, que como mecanismo legitimador de la actuación jurisdiccional. De esta forma, el interés público que concurre en este ámbito debe inspirar el desarrollo legislativo de esta institución.

Hay que partir de una verdad axiomática, la recusación no trata de enjuiciar la rectitud moral del funcionario o su capacidad para ser imparcial, sino que pretende situarle en una posición objetiva frente a las partes. De esta manera, se persigue que el juez esté al margen de posibles presiones que pudiera recibir de manera directa y personal, o indirecta y difusa de quienes intervienen en el proceso cuya competencia tiene atribuida. Por ello confiere a las partes que están sometidas a su

⁹ Vid. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *El juez imparcial*, Granada, 1997, p. 3.

jurisdicción el derecho a instar su separación, de modo que, si bien éstas pueden confiar en la aptitud del juez y pese a conocer la concurrencia de la causa no instar su separación, no están obligados a tener que confiar en que lleve a cabo un comportamiento casi heroico al impartir justicia, entendiendo por tal la aplicación de la ley de forma objetiva. Por ello, la institución de la recusación pretende la salvaguarda de este interés particular de las partes.

2. LA APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD, ELEMENTO LEGITIMADOR DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, ACTUAL FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN RECUSATORIO.

Principalmente dos son las razones argüidas por la doctrina, y explicitadas en la propia Constitución, que justificarían que la soberanía popular haya otorgado la potestad jurisdiccional a jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial con carácter exclusivo, que no son otras que el sometimiento a la ley y la independencia¹⁰.

El imperio de la ley, y el consecuente sometimiento del juez al principio de legalidad, es la base de la legitimidad del juez en nuestro Estado

¹⁰ Ya antes de la Constitución Española advertía GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979, p. 52, que ambos caracteres, sometimiento e independencia, integraban el concepto de jurisdicción en el Estado moderno, apreciación ésta que ha sido sancionada por la propia Constitución de 1978 en su art. 117,1

de Derecho, en cuanto que la misma no procede de la elección popular, sino que actúa y ejecuta la ley en atención a un poder legalmente conferido.

Así, como manifestara TOMÁS Y VALIENTE, no cabe confundir representatividad popular con legitimidad. La falta de representatividad, no sólo no es causa de falta de legitimidad, sino que, en cuanto significa desvinculación de otros poderes y de los partidos que están en su base, es garantía de independencia y de que la plena legitimidad de ejercicio se ha de conseguir por el sometimiento único de cada juez al imperio de la ley en el desempeño de la jurisdicción.

Los jueces son designados por los procedimientos determinados en las leyes (art. 117.3 CE), y es de éstas y de la Constitución que a ella se remite, de donde les viene la legitimidad de origen. Pero además, el ejercicio de la función jurisdiccional se legitima en el hecho de que el juez juzga «sometido, únicamente, al imperio de la ley». Lo cual no significa, como si a estas alturas se tratase de defender la visión del juez mudo, mecánico aplicador de la letra de las leyes, que el juez no tenga función creadora de derecho como intérprete de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), sino que en el ejercicio de la jurisdicción debe encauzar su interpretación «de la ley», en sentido genérico,

dentro del marco de los principios, pautas y garantías del ordenamiento entendido como un todo¹¹.

Efectivamente los jueces y magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se encuentran sometidos a la ley. Esto así expresado, no constituye diferencia alguna respecto a la actuación del resto de poderes públicos en general, ni de la propia Administración en particular, por cuanto que todos ellos en su actuación se encuentran sometidos a la ley de conformidad con el sistema de fuentes establecido¹².

La especial vinculación de los jueces a la ley que consagra el art. 117 CE, constituye, por un lado, un refuerzo de la independencia del juez en su labor jurisdiccional frente al poder que el propio precepto proclama o frente a cualquier otro poder externo; y por otro lado, implica la subordinación de éste a la ley como garantía de actuación objetiva e imparcial ante los ciudadanos.

En este sentido cabe poner de manifiesto cuán importante resulta para la jurisdicción la

¹¹ TOMÁS Y VALIENTE, «Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales», en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, 1996, pp. 2594-2596.

¹² Así el art. 9 de la Constitución Española establece que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», amén de lo dispuesto en el art 103 del propio texto según el cual «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

auctoritas en cuanto *prius* de aquélla¹³, ya que entendida como una superioridad moral o dignidad socialmente reconocida a los órganos jurisdiccionales y a las personas que los encarnan, debe concurrir a fin de que sus decisiones se impongan no tanto por la existencia de un proceso de ejecución que las respalda, cuanto por la propia autoridad o prestigio del sujeto del que emanan¹⁴.

Como recordaba TOMÁS Y VALIENTE, frente al arbitrismo o absolutismo judicial del Antiguo Régimen, el régimen liberal insiste en la idea de la primacía de la ley, desde una concepción de la ley y de la propia justicia como manifestación de la soberanía popular¹⁵.

No cabe confundir potestad jurisdiccional y *auctoritas*. La primera debe ser entendida como un poder de actuar la personalidad o capacidad del Estado en la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; la segunda, aun no siendo patrimonio exclusivo de la Jurisdicción, debe concurrir en ella, en cuanto la misma determina el paso de una justicia autoritaria propia de los Estados

¹³ GONZÁLEZ GRANDA, *Independencia del juez y control de su actividad*, Valencia, 1993, pp. 111-112, afirmando «la propia magistratura tiene necesidad de autolegitimarse en su actuación, más aún cuando cada vez más se reconoce al Juez un papel creador en uso de una inevitable libertad de opción dentro también de inevitables espacios de discrecionalidad».

¹⁴ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978, pp. 145- 150, en el que puede verse el desarrollo de esta idea.

totalitarios, a otra consentida y refrendada por la sociedad entera¹⁵.

Y precisamente, es este segundo aspecto sobre el cual debe erigirse el nuevo régimen jurídico de la separación del juez competente, entendiendo que la imparcialidad judicial constituye un valor supremo que debe defenderse más allá de los intereses partidistas de las partes.

Más explícito se muestra el Tribunal Constitucional en la STC 60/95 de 13 de febrero al declarar que «la imparcialidad del juez excede del ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes, para erigirse en una auténtica garantía en la que se puede poner en juego, nada menos, que la *auctoritas* o prestigio de los tribunales, que en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia, debiéndose reclamar el adagio anglosajón en cuya virtud "no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace"».

¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, «De la Administración de Justicia al Poder Judicial», en el *Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, 1990, p. 23.

¹⁶ En este sentido SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político*, 6ª ed., Madrid, 1898, p. 149, «un poder que careciera de autoridad y de fuerza carecería de poder, por la sencilla razón de que sería impotente para definir y hacer cumplir el Derecho. La autoridad equivale á la fuerza en el orden moral (...) no domina a la voluntad con el fatalismo de la materia sino que, por el contrario, busca el convencimiento y procura la espontaneidad en la adhesión».

Asimismo, VIVER PI SUNYER en su voto particular a la STC 119/93 declara que «no se trata de poner en duda la rectitud personal de los jueces en los casos en que concurra, o pueda concurrir una causa de recusación objetiva, sino en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, pues va en ello la confianza que los Tribunales, en una sociedad democrática, han de inspirar a los justiciables, y la sensibilidad de los ciudadanos en lo relativo a las garantías de una buena justicia».

Cabría concluir, siguiendo al Tribunal Supremo que la institución de la recusación va encaminada hacia la protección de «la imagen, o el nimbo o aureola de austeridad, respetabilidad, incorruptibilidad, rectitud, imparcialidad, y ecuanimidad que debe presidir siempre las actuaciones judiciales y rodear o circundar a la Administración de Justicia»¹⁷.

¹⁷ Vid. La STS 9 de junio de 1980 (RAJ 2570), asimismo define la recusación como «denuncia de la falta de legitimación del juez, que es lo que aquí interesa, como el acto procesal, en virtud del cual se solicita la exclusión de un juez o magistrado, o de un Auxiliar, en quien el solicitante, estima que concurre un presupuesto impediende de su legitimación; conceptuándose también, a dicha recusación, como acto procesal de parte por virtud del cual ésta rechaza al juez, objetivamente competente, para que conozca de un asunto determinado en que ella tenga interés por que existiendo, en dicho juez, cierta tacha personal, sospecha de su imparcialidad. La «ratio essendi» de esta institución, según la doctrina dominante, estriba en la necesidad de eliminar los recelos o sospechas nacidos de la condición humana del juez, conectados normalmente con pasiones o intereses, estimando que no es conveniente que el citado juzgador pueda perder la serenidad de juicio, aun involuntaria o inconscientemente, cuando un interés o pasión personal se interfiera en su recto e íntegro criterio».

Precisamente, en la legitimidad de la Jurisdicción subyace necesariamente la confianza de aquellos quienes acuden a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela judicial efectiva¹⁸. Y no puede ser considerada efectiva, aquella tutela que se imparta por órganos que no son independientes e imparciales, o que aun siéndolo no revistan apariencia de serlo¹⁹. DAMIÁN MORENO se muestra categórico al expresar que «las resoluciones judiciales arbitrarias no sólo deslegitiman al juez que las pronuncia sino también al Estado que las respalda»²⁰.

¹⁸ Muy elocuente resulta SERRANO SUNER, en el informe pronunciado en el incidente de recusación ante la Sala de Justicia en pleno de la Audiencia Territorial de Barcelona, promovido por la representación de «Barcelona Traction Light and power company limited» contra los magistrados de la Sala primera, recogido en *Dictámenes y recursos de casación civil*, II, Madrid, 1985, pp. 1356 y 1357, cuando señala «sería por ello asombroso, constituiría un ardid de cinico y analfabeto aldeanismo, que a estas alturas se intentara presentar como agravio a los Jueces y Magistrados lo que es, por el contrario, afirmación de su rectitud como colectividad y como cuerpo de técnicos selecto (...) conste, pues, bien claro, para acabar para siempre con tanta estulticie y tanta maldad, que al pedir que la justicia se administre con imparcialidad y con serenidad a nadie se puede injuriar»

¹⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Una nueva reflexión acerca del concepto del Derecho Procesal», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 3, 1970, p. 598, afirma rotundamente que «se tiene autoridad porque se es imparcial»; REBUFFA, *La funzione giudiziaría*, 3ª ed., Turín, 1993, p. 42, expresa con claridad «la importancia de la imagen de imparcialidad deriva del hecho de que a través de ella se proyecta la legitimación de la función judicial, el consenso previo y la aceptación de sus decisiones, la expectativa de que en cualquier caso sus decisiones serán observadas incluso por la parte perdedora. En conclusión, la imagen de imparcialidad del juez es decisiva para la seguridad de todo el orden jurídico, para el mantenimiento de su legitimidad».

²⁰ DAMIÁN MORENO, *Introducción al Sistema Judicial Español*, Pamplona, 2002, p. 51.

La confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional constituye la premisa básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. Por consiguiente, el legislador debe desarrollar aquellos mecanismos que tienen por finalidad incrementar esa confianza de toda la sociedad, en la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio, de las personas encargadas de administrar justicia. Y ello, porque de no ser así la sociedad, irremediablemente, esta destinada a sufrir continuas y graves tensiones que podrían incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado²¹.

La disquisición acerca de si la independencia resulta ser una cualidad que debe reclamarse de la Jurisdicción o predicarse del juez, quizá no constituya más que una retórica vacía de contenido, porque en última instancia son los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial quienes ejercen la actividad jurisdiccional²².

²¹ PICÓ I JUNOY, «La imparcialidad objetiva del juez a examen». *La Ley*. año XIX, núm. 4486, p.2.

²² Por ello consideramos carente de virtualidad la aseveración de MONTERO AROCA, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1976, p. 38, para quien «la independencia como nota característica, no debe predicarse en relación a la jurisdicción o la justicia, sino a los jueces; DAMIÁN MORENO, *Introducción al Sistema Judicial Español*, op. cit., p. 33, señala que «la independencia constituye una garantía que permite a los jueces y magistrados resolver los asuntos que les sometan sin ningún tipo de influencia externa que pueda alejarles de su obligación de decidir con arreglo a los criterios legalmente establecidos»; asimismo LÓPEZ Y LÓPEZ, «Independencia, imparcialidad, objetividad del juez (Notas para la reflexión sobre la actividad

Así, en alguna ocasión la doctrina ha entendido que la independencia constituye junto a la sumisión a ley, un criterio de legitimación de la actividad judicial, que va más allá del simple desinterés en la materia sobre la que versa su actividad, es decir que trasciende de la Jurisdicción como potestad, a la Jurisdicción como función, y compromete la imparcialidad como criterio de legitimación de la actividad jurisdiccional en la esfera del proceso²³.

Los conceptos de independencia del Poder, de la función, y de la persona integrada en aquél y titular de ésta están íntimamente vinculados, pero no se corresponden con la misma realidad jurídica, ni son la misma cosa, ni están protegidas por los mismos mecanismos de garantía, aun cuando todos ellos se hallan encaminados en último término, a que la figura del juez imparcial sea una realidad²⁴.

Hemos de ser conscientes de la relevancia y transcendencia que alcanza la imparcialidad del juez, en una sociedad democrática de derecho que

jurisdiccional y la separación de poderes, *Justicia*, núm. IV, 1986, p. 956.

²³ En este sentido, REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, pp. 166-167, parte de la distinción de esta doble vertiente de abstracción y empírea. Y entiende que «mientras la independencia reduce su ámbito al campo de la abstracción y se alcanza en sí misma con la privación de relevancia jurídica a determinados sectores del sistema, la imparcialidad se realiza en el campo de lo fáctico con el fin de hacer frente a todas las subordinaciones ajurídicas que podrían alterar o impedir la consecución de la deseada corrección aplicativa».

²⁴ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, «Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales».... op. cit., p. 2598.

proclama como valor esencial la justicia y la igualdad. Y ello, por cuanto que el valor final, a cuya garantía se orientan los demás principios procesales, es precisamente que se preserve la imparcialidad del juez en el momento de juzgar.

Pero hay que tener presente que una cosa es la imparcialidad del juez²⁵, que inclusive podría afirmarse concurre con mayor motivo en el supuesto de que se diese alguna de las causas explicitadas en la ley como causas de abstención o recusación, porque el juez observe un especial recelo y cautela para preservarla, y otra muy distinta, es la apariencia de imparcialidad o la proyección que la actuación jurisdiccional transmite a la sociedad cuando el juez se halla incurso en tales circunstancias.

Entendemos que dentro de la institución que analizamos, a ésta última dimensión o perspectiva no se le ha dado la transcendencia que tiene. Y no sólo como *ratio essendi* de los institutos de abstención y recusación, y por tanto como criterio que permite

²⁵ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones, instructora y decisora, consecuencia del derecho a un juez objetivamente imparcial», *Revista General de Derecho*, núm. 534, Marzo de 1989, p. 1046, agrega que «los mecanismos de abstención y recusación no operan indagando si, en un caso concreto, aquél en quien concurren determinadas circunstancias se siente personalmente inclinado a favorecer o a rechazar las pretensiones de alguna de las partes en litigio. Esta que se ha dado en llamar "imparcialidad subjetiva" puede, incluso, presuponerse. Lo que importa es conjurar el peligro de parcialidad (aún inconsciente), y de empañamiento de la imagen pública del órgano jurisdiccional, como instancia imparcial, dialécticamente superadora de las posiciones encontradas de las

identificar causas que justificarían la separación del juez, aun cuando no se hallen expresamente tasadas en la ley²⁶. También como un criterio que permitiría establecer una diversa gradación entre las distintas causas legales de recusación en función del menoscabo que a la apariencia de imparcialidad supone, y disponer al mismo tiempo un distinto trato jurídico procesal a su inobservancia²⁷.

Así, como indica el Tribunal Supremo, la explicitación legal de las causas no halla justificación «en que estos profesionales del Poder Judicial cedan a bastardos estímulos de interés o de cualesquiera pasiones ilícitas, que de producirse nos llevaría a su condena como prevaricadores, sino en la sospecha o creencia, por parte del

partes».

²⁶ Vid. STS 4-7-2002, (<http://www.tirantonline.com>), que expresamente reseña «el carácter legal y tasado de las causas de abstención y recusación es compatible, naturalmente, con la necesidad de que las disposiciones legales que concretan y regulan dichas causas sean interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios establecidos, para la mejor garantía del derecho al juez imparcial, por la jurisprudencia de este Tribunal y del Constitucional y muy especialmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con cuyos criterios se puede llegar a identificar concretos supuestos, no expresamente previstos en la ley pero sí relacionados con lo previstos por una razón de analogía, en que los jueces se deban abstener y quepa su legítima recusación»; en este sentido STS 22-2-2002 (RAJ 3397); ATS 1-10-1997 (RAJ 928); STC 162/1999; STC 157/1993, entre otras..

²⁷ MICHELI, *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1970, p. 187, para el supuesto de interés directo en la causa afirma que la sentencia dictada en tal supuesto puede ser impugnada aun fuera de las impugnaciones normales porque falta aquí un juez, y entonces se está frente a una sentencia que no es sustancialmente tal.

justiciable, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene»²⁸.

Las causas de separación del ejercicio jurisdiccional están concebidas en todo caso en términos abstractos, sin consideración alguna a la transcendencia que en el caso concreto puedan llegar a producir. Por tanto, señala la doctrina que «en el caso concreto, aun existiendo una causa de recusación, la firmeza de carácter, el desinterés personal efectivo del funcionario o del respeto a la objetividad de la función podrían bastarse a eliminar toda inclinación parcial o prevención. No eliminan tales circunstancias personales, de que la ley no tiene en cuenta para nada, el peligro, ni en los particulares interesados, aún como meros espectadores, en el pronunciamiento judicial, la sospecha»²⁹. Esta sospecha es la que al Estado le

²⁸ Vid. STS de 19 de noviembre de 1983 (RAJ 5666).

²⁹ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de Septiembre de 1882*, T. II, Barcelona, pp. 2 y 3; idea ésta que reproduce DE LA OLIVA SANTOS, «Competencia, reparto, cambio de Tribunal y derecho al juez predeterminado por la ley», *Revista de derecho procesal*, núm. 3, 1989, p. 715, que al efecto señala que «en términos de derechos fundamentales, quíerese decir que la violación de algunos de ellos se produce al realizarse determinadas conductas, con independencia del daño que histórica y realmente sea apreciable como resultado material de esas conductas. Tal vez el juez incurso en una causa de abstención y recusación se comportaría con más imparcialidad, independencia, sentido de la Justicia y recta aplicación del Derecho que el Juez que no tuviese el deber de abstenerse o respecto del cual no gozara el litigante del derecho de recusación. Pero la infracción del derecho al Juez legalmente predeterminado(...)no depende ni de una malévola intención de enjuiciar con parcialidad ni de que efectivamente, la imparcialidad se haya visto lesionada en el caso. Depende de la

interesa evitar, independientemente del interés privado y de la iniciativa de las partes del proceso principal. La recusación no debe entenderse sólo como una concesión hecha al recusante, también debe ser entendida como mecanismo que se halla en función de un interés público.

Con la figura de la recusación se observa una institucionalización de la sospecha, que trata de asegurar el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. La aceptación de la duda al considerar la actuación de los poderes públicos no tiene por qué debilitar el sistema, ni excluir el necesario respeto del mismo³⁰. Por el contrario, el establecimiento de un régimen adecuado para asegurar la imparcialidad del juzgador y el prestigio de los órganos jurisdiccionales es esencial en un ordenamiento que se encuentra inspirado en la libertad que quiere imbuir, incluso psicológicamente a sus titulares, la necesidad de responder por sus actos y de funcionar con transparencia³¹.

objetiva infracción de las reglas del repetido instituto».

³⁰ FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *El derecho ...op. cit.*, p. 3.

³¹ CALVO SÁNCHEZ, «Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997», *Revista General del Derecho*, núm. 642, marzo de 1998, p. 1773, también establece una relación directa entre la eficacia del instrumento recusatorio y la credibilidad de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, poniendo de manifiesto la alarma social causada por el auto resolutorio de la recusación interpuesta contra el magistrado Gómez de Liaño y Botella en el caso Sogetable, que se fundamentaba en causas *ex lege*. Basta recoger los titulares de los periódicos de mayor tirada a que hace referencia dicha autora para poner de manifiesto este dato: «Prevaricación judicial», Pérez Royo. *El País* 25/10/97; «Sospecha de parcialidad» Editorial

Por todo lo anterior, cabría esgrimir que la apariencia de imparcialidad se erige en otro fundamento de la recusación, y quizá también de legitimación de la actividad jurisdiccional frente a la sociedad.

Se puede afirmar en consecuencia que, concurriendo alguna de las circunstancias legítimas de recusación y de abstención, el fundamento de la sustitución del juez-persona no sólo debe constreñirse a dar satisfacción al interés privado de las partes, sino que además puede considerarse fundado en un interés general o público respecto de una recta administración de justicia.

La vigencia de este interés general en el instituto de la recusación se confirma con la legitimación que el legislador confiere al Ministerio Fiscal para instar la recusación³².

El País 26/10/97 ; «Juez y hez», Federico Jiménez Losantos, El Mundo, 27/10/97.

³² DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1991, p. 394, entiende que la LOPJ dispone más que una posibilidad, una verdadera obligación del Ministerio Fiscal de recusar al juez que estime incurso en alguna de las circunstancias que detalla la propia LOPJ de 6/85. Sin embargo, concurre un obstáculo insalvable para configurar ésta como una «verdadera» obligación, por la imposibilidad efectiva de la que dispone el obligado para llevarla a efecto, no sólo porque es muy difícil que el representante siga la tramitación del proceso civil con interés, cuanto por la dificultad de que conozca la existencia de la causa de recusación; por su parte, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios.....op. cit.*, p. 20, entiende que el Ministerio Fiscal está, si no obligado, legitimado para impedir que al procesado se le pueda juzgar parcialmente aun cuando el propio procesado no lo intente.

Entendemos que a este incipiente enfoque de interés público versus interés privado con el que es dable analizar el instituto de la recusación-abstención, le correspondería insinuar diversas consecuencias de orden práctico respecto a nuestro sistema de recusación:

a) En primer lugar, incita a la revisión del régimen cerrado o tasado que precisa las causas de recusación y abstención no tanto de manera descriptiva cuanto de forma totalitaria y excluyente, posibilitando un criterio interpretativo menos restrictivo del que impera en la materia, y más acorde con la nueva forma de concebir la recusación.

b) En segundo lugar, posibilita someter a revisión el régimen unitario de recusación que se aprecia para todas las causas de recusación, sin distinción alguna. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico establece un régimen recusatorio que prescinde de la diversa influencia que las causas legales pueden provocar en la proyección pública de la imparcialidad, aspecto que también se pretende preservar.

La diversa transcendencia de unas causas frente a otras a fin de expresar efectos procesales ha sido puesta de manifiesto por MONTERO AROCA, concretamente respecto a las causas previstas en el art. 219. 5 y 10 de la LOPJ. Según la sugerente teoría que defiende, su inobservancia debiera

determinar la nulidad de actuaciones, porque en tal caso se produce una incompatibilidad de funciones procesales³³.

Nuestro legislador dejando a salvo la sanción disciplinaria prevista en el art. 417 de la LOPJ, no ha previsto que la inobservancia de alguna causa subjetiva de abstención y recusación, pueda tener una consecuencia en el marco procesal, ni ha tenido en consideración la diversa incidencia que comporta en el marco de las apariencias la concurrencia de algunos hechos que integran estas causas.

La apariencia de imparcialidad tiene mayor reflejo o incidencia en unos casos que en otros. Así por ejemplo la relación de amistad, por mucha intimidad e intensidad que presente no puede tener el mismo predicamento en el marco de las apariencias que una relación de filiación entre el juez y una de las partes. Por tanto, parece indefectible que en el marco de la proyección externa de la imparcialidad, y en el hipotético supuesto en que concurriendo cualquiera de las circunstancias referidas no hubiese mediado abstención por parte del juez, ni se

³³ Precisamente, MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, pp. 332-334, lleva a cabo un pormenorizado estudio de las causas objetivas de recusación y propone una reinterpretación de su régimen procesal. El interés público que a juicio del autor concurre en éstas, en cuanto proscriben la realización de funciones o actividades que estima incompatibles, es determinante para que propugne un régimen procesal para el incumplimiento de aquellas circunstancias que afectan a la imparcialidad del juez distinto de aquél que comporta el quebranto de lo que define como

hubiese interpuesto recusación por cualquiera de las partes³⁴, el menoscabo o la cuestionabilidad de la imparcialidad del juez, sea mayor en el primer caso que en el segundo.

La distinta repercusión que la aureola de imparcialidad experimenta en uno y otro supuesto obedece a la especial intensidad que manifiesta el vínculo jurídico de filiación frente al de amistad, y también a la distinta evidencia y facilidad de prueba que supone uno y otro caso. La intensidad del sentimiento resulta una realidad incuestionable que se infiere del hecho mismo que define la causa de recusación, mientras que en el segundo su acreditación resulta ser más compleja y por tanto su concurrencia más discutible.

Por ello creemos que de «*lege ferenda*» el legislador debiera establecer una neta distinción entre causas de exclusión legal, y causas de abstención y recusación con el diverso trato jurídico que una y otra comporta³⁵. Y ello sin perjuicio de que el instituto de la recusación se

incompatibilidad procesal, sancionando este último supuesto con la nulidad de los actos realizados.

³⁴ Este supuesto no constituye una hipótesis de laboratorio sin ninguna aplicación práctica. Precisamente, la STS 9-10-1995 (RAJ 7402) declaró la nulidad de actuaciones en un supuesto similar al que constituye el supuesto de nuestro desarrollo, en cuanto que habiéndose instado la recusación del magistrado por concurrir una relación paterno filial con el juez que había instruido la causa la recusación fue inadmitida a trámite por aplicación de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ.

³⁵ Vid. Profesores de Derecho Procesal, *Corrección y actualización de la LEC*, T. I, Madrid, 1972, p. 98, que ya consideraban esencial consignar esta distinción.

hubiere puesto a disposición de las partes como instrumento de denuncia de alguna de las causas que posibilitan la exclusión judicial.

3. LA CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DEL PROCESO EN GARANTIA DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ.

Como dijera ARAGONESES ALONSO, el proceso se presenta como «una estructura de obtención de reparto coactivo imparcial, imparcial, institucional, y específicamente destinado al ejercicio de la función jurisdiccional por repartidores que pertenecen a la organización judicial»³⁶.

Las diversas notas que perfilan el concepto de proceso, en cuanto instrumento que ostenta la Jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, concurren a una misma finalidad, que no es otra que los órganos jurisdiccionales resuelvan las contiendas a ellas sometidas con sujeción absoluta y exclusiva a la ley, evitando cualquier subordinación de otro tipo o de carácter personal o privado .

Observando las notas que cualifican el concepto de proceso en su perspectiva subjetiva, cabe reseñar que el proceso en cuanto instrumento de resolución

³⁶ ARAGONESES ALONSO, *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, p. 63.

de conflictos heterocompositivo³⁷, viene estructurado de forma piramidal.

De esta forma se infiere que la solución definitiva e irrevocable que se da a través del proceso a un conflicto intersubjetivo, viene impuesta por un tercero decisor supraordenado a las partes en conflicto. Este tercero, ni es parte ni puede llegar a serlo, por lo que la primera nota que define este mecanismo de resolución de conflictos es la «imparcialidad» del juez³⁸.

La «imparcialidad»³⁹ del juez se erige como una nota consustancial al concepto mismo de proceso, el juez no puede ser juez y parte en un proceso, ni en sentido formal ni en sentido material. Por consiguiente, la condición de parte en el juez determina una defectuosa configuración de la

³⁷ En la heterocomposición el tercero en virtud de un contrato o por razón de su oficio pone fin al conflicto mediante una resolución definitiva que las partes han de acatar. Así pues el tercero se encuentra situado *supra partes*, configurando una relación triangular, FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, 1978, p. 20.

³⁸ Como pone de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979, p. 6, «el proceso consiste en un vínculo jurídicamente regulado entre el juez y las partes. *Judicium est actus trius personarum, actoris, rei, iudicis*, definían ya los italianos en la Edad media».

³⁹ Concepto acuñado por GOLDSCHMIDT LANGE, «La imparcialidad como principio básico del proceso. La «parcialidad» y la parcialidad». Discurso de recepción como miembro de Número del Instituto Español de Derecho Procesal. *Revista de Derecho Procesal*, núm. 50, 1950, p. 183 y ss, que consigna las diferencias entre parcialidad (ser parte), y parcialidad (ser parcial) en cuanto que aún cuando se trata de conceptos netamente diferenciados suelen equipararse con excesiva ligereza.

relación procesal y debiera explicar la nulidad del mismo⁴⁰.

Como en su momento veremos, no parece que haya sido ésta la solución acogida por nuestro legislador, que dentro de las causas de recusación dispone el tener interés directo en el pleito o causa como expresión de su legitimación *ad causam*. Sin embargo, creemos que en cuanto contraviene la esencia misma del proceso, a la concurrencia de esta circunstancia no le es aplicable el régimen recusatorio, sino que debe optarse por acordar la nulidad del proceso.

Siguiendo a GOLDSCHMIDT, para quien la imparcialidad consiste en «poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador»⁴¹, la misma se articula al propio tiempo como premisa necesaria para no desvirtuar la confrontación paritaria en la que la contienda procesal se expresa.

Verdaderamente el instituto de la recusación y de la abstención constituye el mecanismo que ha dispuesto legislador con carácter específico para preservar la imparcialidad del juez o magistrado. Pero al mismo tiempo puede apreciarse como la propia configuración del proceso y de los principios que le

⁴⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «El antagonismo juzgador-partes situaciones intermedias y dudosas», *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II, Padova, 1958, p. 10

⁴¹ Vid GOLDSCHMIDT LANGE, «La imparcialidad como principio

informan se hallan preordenados a procurar la justicia en la decisión, procurando la neutralidad del juez.

En efecto, tan importante cometido se logra con la imbricación de las diversas garantías o principios inherentes a la idea misma de proceso, y que de manera hartamente eficaz actúan como control de la labor jurisdiccional.

En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ⁴² destaca que «la función jurisdiccional, en cuanto es fundamentalmente expresión de una labor intelectual, debe desarrollarse dentro de las coordenadas que vienen impuestas por su propia esencia». Precisamente, dentro de las coordenadas o principios estructurales del proceso, aceptados como fundamentos axiológicos del mismo, se halla el principio de demanda que implica una clara voluntad del legislador de que no exista posibilidad alguna de función jurisdiccional sin que esta sea solicitada por un tercero ajeno al órgano jurisdiccional.

La contradicción efectiva, o lo que es lo mismo la dualidad de partes en posición de igualdad comporta que la determinación del objeto del proceso se lleve a cabo únicamente por las partes: la que

básico del proceso», op. cit., p. 208.

⁴² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La Constitución Española y los principios rectores del proceso civil». *Principios Constitucionales en el Proceso Civil. Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 1993, p. 142.

pide y contra la que se pide. La contradicción es consustancial al concepto mismo de proceso, y su efectiva operatividad requiere que las partes dispongan de los mismos derechos, posibilidades, y cargas.

Asimismo, la igualdad entre ambas partes se erige como una máxima que define el quehacer jurisdiccional. Por ello entiende que si hubiera una parte con predominio sobre la otra, es claro que el juez no tendría en sus manos un mecanismo de tutela imparcial, y su sentencia estaría muy condicionada por el predominio de esa parte. Por tanto, contradicción e igualdad son principios inherentes a la estructura del proceso que vienen impuestos por la propia esencia de la jurisdicción⁴³.

La apreciación rigurosa de los principios que favorecen la construcción dialéctica del proceso en cuanto delimitan los poderes de las partes y del juez en el desarrollo del mismo, contribuyen a reforzar la imparcialidad del mismo, pero no constituyen una exigencia que venga impuesta por ésta.

Se observa que tanto los defensores como los detractores de una ampliación de las facultades del juez en lo que a actividad probatoria se refiere, suelen abordar esta cuestión desde la perspectiva de

⁴³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La Constitución Española y los principios rectores del proceso civil», op. cit., p. 148.

la imparcialidad judicial⁴⁴. Por ello, antes de nada es preciso proceder a una delimitación conceptual y a determinar cuál es su correcta ubicación, que a nuestro juicio no entra en el ámbito de la imparcialidad del juez sino con otros principios inherentes a la idea misma de proceso como son el de contradicción y el principio de igualdad de partes.

En razón al orden lógico y natural del desarrollo del proceso cabría suscribir que el juez, al acordar un medio de prueba *ex officio iudicis*, desconoce *a priori* cuál de las partes resultará beneficiada o perjudicada con el resultado de la prueba. Por ello, de esta iniciativa probatoria no es posible inferir un prejuicio previo que afecte a su imparcialidad⁴⁵.

Por todo ello, la disquisición respecto a la conveniencia o no de la ampliación de las facultades probatorias del órgano judicial debe ponerse en relación con la composición paritaria del proceso, y la peligrosa desestabilización que la actuación probatoria *ex officio* puede determinar en la misma⁴⁶.

⁴⁴ Por todos, vid. DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996, que efectúa un estudio pormenorizado de la cuestión.

⁴⁵ Cfr. PICÓ I JUNOY, «Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juez penal», *Justicia*, núm. 1, 1996, p. 117; ibídem «Los principios del nuevo proceso civil», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, Coord. Cuevillas Sayrol, Madrid, 2001, p. 48.

⁴⁶ APARICIO TOVAR y RENTERO JOVER, «El juez laboral, imparcial pero no neutral». *Revista de Derecho Social*, núm. 4, octubre-diciembre, 1998, pp. 59 y 64, defiende el papel activo

Así, parece que la iniciativa probatoria del juez debe ponerse en conexión con el concepto de «neutralità», en cuanto define un determinado «rol» del juez dentro del proceso.

La ampliación o restricción de facultades probatorias en el marco del proceso se corresponde con una forma peculiar de concebir el proceso mismo. El proceso entendido como una cuestión de partes en la que el juez debe decidir sin inmiscuirse, es un modelo acogido por el estado liberal, una manera de entender el proceso que se basa en la desconfianza hacia la actuación estatal en los diversos ámbitos sociales.

En cualquier caso, la predisposición hacia un modelo procesal en el que se aumenten las facultades del juez en la dirección del proceso, con el fin de lograr la adecuada búsqueda de la verdad⁴⁷, o por el

del juez en el proceso laboral para satisfacción de necesidades o eliminación de desigualdades, y declara al efecto, «el juez laboral debe así ser imparcial, pero no neutral. Debe intervenir activamente en el desarrollo del proceso, en cuanto sujeto (...) obligado a la obtención final de la verdad material que sirva de substrato a la decisión final motivada, al proceso subsuntivo que la resolución judicial comporta». En tal sentido propugna «la adopción de medidas para mejor proveer que no puede ser entendida como mera facultad discrecional, sino como parte esencia de la adecuada función de juzgar».

⁴⁷ GUASP DELGADO, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p. 121, entendía que «el juez no tiene obligación de formar su convicción psicológica en un proceso civil; pero tiene derecho a no deformarla, y para ello el ordenamiento jurídico debe concederle las facultades precisas y reconocer la posibilidad de su actuación con el propósito verdaderamente alto y noble de hallar en cada litigio la verdad»; CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La Constitución Española y los principios rectores del proceso civil», op. cit., p. 152; CALAMANDREI,

contrario la reticencia a dicha ampliación, nada tiene que ver con la preservación del principio de imparcialidad del juez⁴⁸.

En concreto, la vigencia del principio de aportación y del principio acusatorio en cuanto suponen el establecimiento de roles entre el juez y las partes⁴⁹ en lo que concierne a la introducción de los hechos y a su acreditación, quizá ha merecido una interpretación un poco exacerbada, precisamente por considerar que tales principios se erigen en valuarte de éste valor supremo que es la imparcialidad del juez.

Por ello es necesario partir de una neta distinción entre dos aspectos diferentes que antes bosquejábamos. Por un lado, la actitud del juez como enfoque o percepción de las cosas que comporta la interiorización en el ánimo, es decir, lo más recóndito del intelecto humano que es en realidad lo que expresa la imparcialidad del juez. Ésta denota la ausencia de una predisposición de ánimo a favor o

Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. I, Buenos Aires, 1986, p. 395.

⁴⁸ En contra PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 347, para quien la «aportación oficial de pruebas es contraria a la imparcialidad del juez».

⁴⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al derecho procesal*, 3ª ed., Madrid, 2000, pp. 269 y 270, contrapone el principio acusatorio al principio de investigación de oficio en el sentido de que el juez «sólo juzga sobre los hechos que hayan sido acusados por las partes acusadoras y que hayan sido probados en el proceso por pruebas pedidas y practicadas por las partes. Ello quiere decir que tanto los actos alegatorios como los probatorios son siempre de parte», y define en los mismos términos el principio de aportación de parte.

en contra de una de las partes⁵⁰. Por otro lado, la actitud del juez como posición o situación frente a las partes, aspecto externo que define lo que se denomina neutralidad del juez. Este aspecto, es el que verdaderamente ampara las disquisiciones en torno a la conveniencia o no de que se aumente la iniciativa judicial en orden a la prueba⁵¹.

Las partes que actúan enfrentadas en el proceso deben encontrarse en una situación de paridad, por lo que consecuentemente el juez en su resolución debe atenerse a la relación fáctica oportunamente introducida por las partes como fundamento de sus peticiones; el juez ha de permanecer neutral, ni siquiera le es dable convertirse en abogado de aquella parte que considere más débil, puesto que como dice BAUR «el juez puede aconsejar y ayudar, pero no puede ser a la vez, juez y abogado para los débiles. Quien tal cosa exigiera, aunque fuese de buena fe, se estaría mostrando partidario de una justicia clasista, aunque de signo contrario»⁵². Por

⁵⁰ GOLDSCHMIDT LANGE, «La imparcialidad como principio básico del proceso», op. cit, p. 208, lleva a cabo un clarificador parangón, «la imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual».

⁵¹ RODRÍGUEZ U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia, Venezuela, 1968, pp. 136 y ss, incluye ambos conceptos en el término más genérico de la imparcialidad. Y así distingue por un lado la imparcialidad subjetiva que consiste en la ausencia total de inclinación en favor de la causa de alguno de los litigantes. Mientras que define la imparcialidad objetiva como el tacto del juez para evitar que cualquier medida o decisión suya desequilibre la situación en que se encuentran las partes.

⁵² Citado por MONTERO AROCA, «Los principios informadores en el proceso civil en el marco de la Constitución», *Justicia*,

mor, a la vigencia del principio de congruencia que también constituye una limitación de las facultades del juez, éste se encuentra sometido al planteamiento inicial de las partes en la delimitación del fallo sin que pueda conceder algo distinto a lo pedido, más o menos lo cual refuerza la neutralidad y equidistancia del juez respecto a las partes contrapuestas⁵³.

II. SISTEMAS DE RECUSACION.

Diversos son los criterios de los que se sirve la doctrina para la clasificación de los distintos sistemas de recusación. Así por un lado, de conformidad con el criterio de la legalidad cabe distinguir: un sistema tasado o cerrado, un sistema abierto o de recusación perentoria, y por último un sistema mixto.

Por otro lado, de conformidad con los efectos que produce la concurrencia de las causas de recusación cabe distinguir entre un sistema de

1982, p. 36.

⁵³ En tal sentido se manifiesta PRIETO CASTRO, «El principio de la congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción», *Revista de Derecho Privado*, 1957, p. 975; *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, p. 279 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, «Liberalización y socialización del proceso civil», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, p. 522.

exclusión o inhabilidad del juez⁵⁴, y un sistema de recusación o separación judicial.

1. CLASIFICACIÓN ATENDIENDO A LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

A) SISTEMA CERRADO O DE RECUSACIÓN TASADA.

La dogmática procesal y la jurisprudencia⁵⁵ sostiene como principio axiomático el carácter tasado o «*numerus clausus*» del elenco de causas de abstención y recusación que el legislador ha dispuesto en los art. 219 y 220 de la LOPJ. La evidencia no empece que en otras leyes especiales se puedan identificar otros supuestos de recusación y abstención diversos⁵⁶.

La adopción de este sistema no es más que una

⁵⁴ Vid. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, op cit, p. 322.

⁵⁵ Vid SSTs 8-3-1956 (RAJ 1227); 5-11-1956 (RAJ 3349); 17-2-1975 (RAJ 577); 4-5-1976 (RAJ 2127); 24-3-1977 (RAJ 1239); 4-7-1978 (RAJ 2794); 11-12-1978 (RAJ 4122); 9-6-1980 (RAJ 2570); 28-6-1982 (RAJ 3581); 4-10-1982 (RAJ 5597); 22-4-1983 (RAJ 2300); 9-7-1983 (RAJ 4134); 20-1-1984 (RAJ 364); 28-2-1984 (RAJ 1670); 29-4-1985 (RAJ 2144); 10-3-1986 (RAJ 1281); 21-10-1986 (RAJ 5714); 15-6-1987 (RAJ 4805); 12-2-1991 (RAJ 1010); 17-10-1991 (RAJ 9356); 11-11-1992 (RAJ 9271); 6-11-1993 (RAJ 8285); 20-1-1996 (RAJ 188); 20-5-1997 (RAJ 3636); 21-6-1997 (RAJ 5275); A 1-10-1997 (RAJ 928); 28-11-1997, *Revista General del Derecho* 1998, núm. 644, p. 5631; ATS 23-12-1997 (RAJ 931); 2-3-1998 (RAJ 1757). SSTC 138/94, de 9 de Mayo; ATC 111/82 de 10 de Marzo

⁵⁶ Así la Ley Orgánica 5/95 de 22 de mayo (del Tribunal de Jurado), modificada por Ley Orgánica 8/95, de 16 de noviembre identifica en su art. 21 determinadas causas de recusación no previstas en la LOPJ de 1985.

consecuencia inmanente del abuso y de la utilización fraudulenta que se hizo de la recusación perentoria o sin causa, tal y como nuestra experiencia histórica puso en evidencia. Esto, unido al talante negativo con el que tradicionalmente se ha contemplado el instituto de la recusación, entendido como «una descalificación para ejercer la función jurisdiccional», explica no sólo la adopción de un sistema cerrado, sino la defensa de un método de interpretación restrictivo, en el cual es inadmisibles todo intento de integración a través de la analogía.

En efecto, el carácter garantista de la taxatividad ha constituido el fundamento empleado para la defensa de una interpretación restringida o limitativa de las causas de abstención y recusación⁵⁷. La proscripción de la analogía y de cualquier interpretación extensiva pretende evitar, que a través de una interpretación poco rigurosa y respetuosa con el tenor literal, sean incorporadas

⁵⁷Ambos conceptos no son correlativos, sin embargo, como ya pusiera de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* op.cit., pp. 4 y 13, «aun cuando la enumeración taxativa de causas de recusación condense, en el sentido expuesto, una experiencia psicológica en forma legal, no excluye en determinados supuestos el uso de reglas de experiencia y juicios de valor al decidir sobre ella (...) lógicamente se toma el sistema adoptado como excluyente de toda interpretación extensiva y analógica. Es improcedente la recusación fuera de las causas enumeradas, por cualquiera del mismo carácter análoga, de donde pudiera deducirse por igual peligro de parcialidad. Puesto que tal deducción se la ha reservado el legislador para sí, y no constituye la materia de la recusación. Dentro de cada causa legítima, la interpretación extensiva podría conducir a idéntico resultado de sustituir los motivos previstos por otros semejantes, pero distintos».

nuevas causas o motivos que no hubieren sido previstos por el legislador⁵⁸.

Por otra parte, no cabe duda de que el sistema *numerus clausus* debiera constituir corolario de una enumeración llevada a cabo con un marcado carácter de exhaustividad⁵⁹, de forma que no hubiese otros supuestos, distintos de aquellos legalmente recogidos como causas de recusación, susceptibles de menoscabar la imparcialidad judicial. De esta forma, la adopción de dicho sistema no sólo hallaría su razón de ser en la seguridad jurídica que procura⁶⁰, sino en su plenitud.

⁵⁸ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, «El juez ordinario predeterminado por la ley (2ª parte)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* II, 1989, p. 227, declara que «las causas son taxativas y no susceptibles de interpretación extensiva o analógica, con el fin de evitar posibles subterfugios que afecten a la economía procesal con dilaciones innecesarias y que pueden llegar a constituir verdaderos fraudes de ley».

⁵⁹ PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, Madrid, 1952, p. 120, pone de manifiesto la dificultad en la consecución de tal resultado señalando que el buen sentido y el conocimiento de los hombres, sus pasiones y debilidades han permitido a la ley determinar las causas de recusación y de abstención, si bien dada la imposibilidad de enumerar todas las imaginables, algunas de ellas se encierran en cláusulas generales que, con ayuda de aquellos medios, han de tener su concreción en los casos particulares.

⁶⁰ WACH, *Manual de derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1977, p. 39, declara que «sería imposible agotarlos casuísticamente; pero la ley los ha determinado suficientemente por su especie. Son supuestos de parcialidad todos los elementos que podrían fundar objetivamente, y no solo por la sensación subjetiva de una de las partes, una sospecha, o sea "toda circunstancia apta para justificar suspicacias contra la imparcialidad del juez". La casuística no estaría aquí justificada en vista de la multiplicidad de posibles manifestaciones y porque desde el punto de vista científico sería estéril».

La vigencia del principio de legalidad en esta materia no adquiere el significado que tiene en el ámbito del derecho penal, de ahí que la constatación de la existencia del derecho al juez imparcial como un derecho fundamental, implícito aún cuando no expresamente reconocido en el derecho a un proceso con todas las garantías⁶¹, va abriendo paso a una incipiente doctrina que discrepa en lo que respecta a la conveniencia del sistema de *numerus clausus*⁶².

⁶¹ ATC 204/1998, 29 de septiembre; SSTC 41/1998, de 24 de febrero; 6/1998, de 13 de enero; 98/1997, de 20 de mayo; 64/1997, de 7 de abril; 7/1997, de 14 de enero; 60/95, de 17 de marzo; 299/1994, de 14 de noviembre; 206/1994, de 11 de julio; 138/94, de 9 de mayo; 59/1994, de 28 de febrero; 32/94, de 31 de enero; 384/1993 de 21 de diciembre; 372/1993, 13 de diciembre; 320/1993 de 8 de noviembre; 282/1993, de 27 de septiembre; 170/93, de 27 de mayo; 157/1993, de 6 de mayo; 119/1993, de 19 de Abril; 230/1992, de 14 de diciembre; 136/92, de 13 de octubre; 113/1992, de 14 de septiembre; 85/1992, de 8 de junio; 151/1991, de 8 de julio; 138/1991, de 20 de junio; 98/1990, de 24 de mayo; 55/1990, de 28 de marzo; 11/1989, de 24 de enero; 164/1988, de 26 de Septiembre; 145/1988, de 12 de julio; 113/1987, de 3 de julio.

⁶² SANTOS VIJANDE, «Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)», *La ley*, núm 4719, 1999, p. 2, declara que «si lo que se trata es de preservar un derecho fundamental, cual es el derecho a un juez imparcial como concreción a un proceso con todas las garantías, entonces el ámbito del deber de abstención y del derecho de recusación no puede estar limitado por una hipotética pretensión del legislador de enumerar, exhaustiva y tasadamente, las razones que comprometen la imparcialidad de un juzgador (...) es la Constitución misma la que garantiza, siempre y en todo caso, que un juez no imparcial pueda ser excluido del conocimiento de un asunto, más allá de la ley. El legislador que duda cabe, puede y debe elaborar un elenco de motivos de abstención, pues así con esa plasmación se facilita la observancia del deber de imparcialidad. Pero ni el legislador puede, sin infringir la Constitución establecer la obligación de abstenerse por motivos que no comprometan la debida imparcialidad, ni los Tribunales deben inadmitir a trámite recusaciones por el hecho de que el justificable invoque la parcialidad de su juzgador con apoyo en razones que difícilmente quepa incluir, o que no quepa incluir en absoluto, en alguno del los motivos tipificados en la ley. Y finaliza señalando cuán equivoco ha sido el tratamiento que frecuentemente han dado

En efecto, en el ámbito del derecho penal la idea de seguridad jurídica se vincula especialmente con la fijación del contenido de éste en leyes escritas, estrictas y previas al hecho que se juzga. La vigencia del principio de legalidad constituye un límite a la coacción penal del Estado impuesto por la protección de la libertad⁶³.

Ciertamente, siendo la propia Constitución la que consagra al más alto nivel el derecho fundamental al juez imparcial, la revelación de una circunstancia no contemplada en el elenco de causas de abstención y recusación, pero susceptible de atentar contra la imparcialidad del juzgador, permitiría la aplicación directa de la Constitución⁶⁴.

nuestros Tribunales a recusaciones fundadas en causas de difícil o de imposible acomodo en los tipos legales, por cuanto en lugar de indagar a fondo si la alegación de parcialidad era o no fundada, el esfuerzo argumentativo se ha dirigido a demostrar que el motivo esgrimido no era uno de los contemplados en la ley, como si, vigente la Constitución, tal circunstancia fuese suficiente para desestimar la recusación»; PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, 1998, pp. 48 y 49, asimismo declara que «si bien el legislador pudo tener la intención de establecer estrictamente estas causas, su voluntad está destinada al fracaso pues la materia de la recusación del juez -en expresión de Satta-ahonda sus raíces en el terreno constitucional», y denuncia «la falta de un precepto que, a modo de cláusula cierre, permita acoger causas no establecidas en la ley».

⁶³ Vid esta idea en JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 5ª ed., 1967, p. 121.

⁶⁴ La STS 7- Abril- 1999, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 390, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, acogiendo el motivo por infracción del precepto constitucional. El recurso de casación se apoyaba en el art. 5.4 LOPJ y se alega infracción del art. 24.2 CE por sí sólo y en relación con los art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el 729.2 de la LECRIM. La infracción se produjo porque,

Y ello por cuanto que esta garantía constitucional debe primar tanto sobre el principio de legalidad como sobre los medios de interpretación empleados para delimitar el contenido de las causas de recusación y abstención, porque éstos y aquél constituyen el medio para garantizar la imparcialidad del juez, pero no dotan de contenido a la misma.

Ya en la STC 47/82, en cuanto declaraba que «el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley comprende recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad»⁶⁵, se observa un atisbo de cláusula abierta respecto de los motivos de abstención y recusación, dado que la misma comprende todos aquellos motivos que no siendo reconducibles a alguno de los expresamente señalados

tras el informe del letrado defensor en el acto del juicio, se decidió y practicó una diligencia, acordada por el Presidente del Tribunal con la cita del art. 729.2 LECrim, consistente en la reproducción de la declaración autoinculpatória del acusado mediante lectura por fedatario y siguiente interrogatorio al mismo acusado por el mismo señor Presidente, lo que se estimó que conllevaba la pérdida de la imparcialidad objetiva del Tribunal. En contra se manifiesta MONTON REDONDO, *Iniciación al estudio de derecho procesal*, Salamanca, 1987, p. 36, que considera la Constitución como norma que incorpora el sistema de valores informativos de todo el ordenamiento jurídico, pero no como una norma que pueda ser directamente aplicada por los juzgados y tribunales.

⁶⁵ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, «El juez ordinario...», op. cit., p. 233, declara que ello significa que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley comprende la recusación del funcionario judicial por las causas tipificadas en el art. 54 de la LECrim y la imparcialidad-neutralidad.

en la ley, pudieran afectar a la imparcialidad del juez.

Asimismo el Tribunal Constitucional prevé esta posibilidad en cuanto manifiesta que «la Constitución, ciertamente, no enumera, en concreto, las causas de abstención y recusación que permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2: pero ello no significa que el legislador quede libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular ese derecho que comprende la preservación de la imparcialidad judicial. La constitución impone determinados condicionamientos al legislador que derivan del art. 24.2 CE, a la luz de los mandatos del art. 10.2 CE, y, en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Con relación a esos mandatos, y en lo que aquí importa, baste decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pueden llegar a identificar supuestos hasta hoy no contemplados en nuestra legislación, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho Español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello»⁶⁶.

⁶⁶ Vid. STC 157/93.

La taxatividad ha venido a constituirse en la regla general, empero la misma puede ser objeto de matizaciones o incluso de adiciones o excepciones, tal y como ha manifestado el propio Tribunal Supremo⁶⁷.

No obstante, la jurisprudencia reciente ha reconocido otras causas que posibilitan la separación del juez no contempladas en el elenco legal de causas de recusación, lo cual debilita el talante tasado de las mismas. Así, la STC 162/1999 permitió la separación del juez por haber exteriorizado opiniones que permitían hacer temer de una convicción anticipada sobre la resolución que debía dictarse al caso, causa ésta no expresada en el elenco legal de causas de recusación y difícilmente incardinable en el ámbito de comprensión de las ya existentes.

⁶⁷ Vid. ATS de 1 de Octubre de 1997 (RAJ 928), declara «es obvio que las disposiciones legales que concretan y regulan las causas de recusación y abstención han de ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios y pautas sentadas tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y estos criterios y pautas pueden modalizar, atemperar o incluso excepcionar la estricta dicción literal de la norma legal; además no puede olvidarse (...) que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación».

B) SISTEMA ABIERTO O DE RECUSACIONES PERENTORIAS.

No resulta extraño a nuestra tradición jurídica la existencia de un sistema de recusación perentoria o sin expresión de causa⁶⁸. Ya en las Partidas, acogiéndose la tradición romano-justiniana se disponía como innecesaria la expresión de causa alguna⁶⁹. Bastaba con expresar una declaración de sospecha ante dos hombres buenos, bajo juramento cuando así fuese solicitado, de que la recusación no era hecha maliciosamente para alargar el pleito, sino porque «ha miedo e sospecha del juez»⁷⁰.

Asimismo, en línea con esta concepción, el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348⁷¹, introdujo como novedad frente al régimen facultativo dispuesto en las Partidas, la obligación de realizar juramento, el cual obviaba la alegación de causa.

⁶⁸ Expresión acuñada por MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios a la LEC*, Valladolid, 1917, p. 60.

⁶⁹ Un estudio pormenorizado de la evolución del instituto de abstención y recusación puede verse en CORONAS GONZÁLEZ, «La recusación judicial en el derecho histórico español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. II, Madrid, 1982.

⁷⁰ Vid. Partida III, título IV, ley 22, declaraba «Jurando el que esto dixere, si le demandaren la jura, que lo non dice maliciosamente, por alongar el pleyto, mas porque ha miedo, é sospecha del Juez. E despues que lo oviere así dicho, é jurado, non le debe el Judgador apremiar de responder antel, maguer non le diga, porque rason lo ha por sospechoso. Ca segund es establecimiento de las leyes antiguas, non ha porque lo decir, si non quisiere».

⁷¹ Dispuso la Ley I, tit. 5, lib. 3 la obligatoriedad del juramento para aquél que declara sospechoso a un juez, «por ende mandamos que si alguna de las partes allegare que ha por sospechoso al judgador e lo jurare».

Esta clase de recusación sin causa también fue contemplada en la Nueva Recopilación (Lib. 4, tit.16, ley 1) y en la Novísima Recopilación (Lib 11, tit. 2, ley 1), aunque solamente circunscrita a la jurisdicción menor. Este régimen de recusación perentoria, en lo que a la jurisdicción inferior respecta en el ámbito procesal civil, subsistirá hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Contrariamente, en el régimen recusatorio respecto a la alta magistratura del Reino se consagró la obligación legal de recusar alegando y probando la causa de sospecha⁷², recogiendo la tradición canónica, el Espéculo y el Fuero Real según la cuál la parte que propone la recusación del juez debía alegar la causa de su sospecha.

De este modo, siendo juez inferior, como corregidor o alcalde, no era preciso aducir causa o motivo de recusación, bastando con el juramento por parte del recusante de que la recusación no era interpuesta ni por malicia ni por calumnia.

En este marco jurídico, la ausencia de cualquier otra exigencia legal limitativa del derecho a recusar justificó que el juez sospechoso no fuera excluido del conocimiento del proceso, siéndole impuesta la obligación de tomar como adjunto o compañero a un hombre bueno, y requiriendo

⁷² Vid Nueva Recopilación lib. 2, tit.10, ley 3 y Novísima Recopilación Lib. 11, tit. 2, ley 4.

a ambos el juramento de guardar el derecho a ambas partes.

La doctrina fue crítica con esta dualidad de regímenes de recusación establecidos en función de la categoría del magistrado o juez recusado⁷³.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 pone término a esta dualidad de trato jurídico en el régimen recusatorio, y generaliza para cualesquiera recusaciones la exigencia de expresar la causa sin distinción alguna entre magistrados y jueces⁷⁴. Ello

⁷³ En este sentido, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado académico y forense de los procedimientos judiciales*, Madrid, 1861, p 135, lleva a cabo una loa de la reforma que efectuó en este punto la LEC señalando que «la recusación parcial, para la que no se tenía que alegar causa, y que alguna vez era ocasionada por la integridad severa del juez y por su poca flexibilidad para acceder a pretensiones improcedentes, desprestigiaba a la Administración de Justicia, y no producía el apetecido efecto de que dejara de conocer en la causa el juez recusado. Éste nombraba a un acompañado a su elección, que no alejaba las desconfianzas que había promovido, la recusación, y que no solía ser el que más influencia ejercía en el fallo». Asimismo, vid. CONDE DE CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, T. I, 1794, folio 545, núm. 26 y 27, declara que «el acompañado, que nombre el Juez ordinario no puede serenar los celos de la parte que le recusó: porque si este fue sospechoso al tiempo de su recusación quedará con ella mas irritado y contrario, como lo acredita la experiencia. Quando el acompañado no se adhiera al dictamen del Juez principal, que sucede las mas de las veces, quedará en discordia, producirá mayores daños a las partes; y esta es otra prueba de no ser suficiente este medio para remover la sospecha, ni para evitar los daños, que temía la parte que recusó al Juez ordinario».

⁷⁴ Esta disposición normativa se hace eco de las críticas que este diverso régimen recusatorio suscitó en la doctrina. En este sentido CONDE DE LA CAÑADA declaraba «yo no hallo diferencia, entre la mayor o menor autoridad de los Jueces que se recusan, para que unos hayan libertad absoluta de hacerles ofensas con malicia y dolo, sin permitirles la natural defensa de su honor y opinión; y se hayan puesto para otros tan exactas precauciones a fin de contener y corregir la malicia de los que intentan recusarlos. Que hubiera alguna diferencia en la mayor

no obstante, mantuvo el régimen anterior respecto a la recusación de los jueces de paz y sus asesores, omisión ésta que subsana la Ley Orgánica de 1870 al comprenderlos en su regla general del art. 436.

Consecuentemente con la exigencia de alegación de una causa tasada, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 introdujo asimismo la separación absoluta en el conocimiento del proceso principal del juez recusado, una vez que la recusación hubiere sido admitida a trámite.

En el ámbito del proceso penal, sin embargo continuó manteniéndose la distinción para las recusaciones de los magistrados superiores, en la que sí era precisa expresión de causa legal en todo caso (Ley 19, tit. II, lib. XI de la Nov Rec), y la recusación de los jueces inferiores en cuyo caso se disponía un diverso régimen según la recusación fuese total o parcial.

La primera modalidad, la recusación total, tenía como efecto la separación absoluta del juez

pena con que deben ser castigados los que no justifican sus recusaciones contra los Jueces superiores, era muy razonable; pero dexar a unos enteramente indefensos, sin que puedan ni aun saber los motivos que hayan dado para ser recusados, parece que no es compatible con el derecho que tienen todos a mantener su honor y buen nombre, defendiéndose de las calumnias con que se intenta obscurecer. Por último, si la causa de la recusación es verdadera y suficiente para sospechar del Juez inferior, ¿que reparo puede tener la parte en expresarla y probarla?. Si es inocente, como la de parentesco o amistad anterior al pleyto, logrará la parte su intento, y el Juez quedará sin agravio en el público; y si la causa fuese criminosa, importará a la república su castigo, pues con el exemplo de unos se contienen los demás». *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, fol. 542, núm 15

del negocio controvertido, por lo que resultaba preciso que el recusante alegase y probase la certeza de la causa en que fundamentaba la misma. La segunda, sin embargo, no precisaba alegación de causa de recusación, por lo que consecuentemente no determinaba la separación del juez del conocimiento del proceso, limitándose a establecer la necesidad de que tomase un acompañado, que podía ser bien un juez de otro pueblo, en su defecto dos regidores, y en defecto de éstos dos hombres buenos elegidos por los cuatro hombres más ricos del pueblo, (Ley 1, tit II, lib. XI de la Nov. Rec).

Finalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 termina con esta disparidad al disponer en su art. 426 que «los jueces y magistrados, cualquiera que sea su grado y jerarquía, y los Asesores, sólo podrán ser recusados por causa legítima».

Este sistema de alegación de causa tasada en la ley, sin distinción de jueces o procesos, queda definitivamente consagrado en nuestra legislación en la LEC de 1881, la LECRIM de 1882, la LOPJ de 1985, y la LEC de 2000.

Ahora bien, la LO 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado ha supuesto su irrupción en el ámbito normativo de la recusación, al introducir nuevamente la recusación perentoria o sin causa.

Las razón esbozada para ello, detallada en su Exposición de Motivos, ha sido su consideración como mecanismo apto para «lograr, no ya la imparcialidad de los llamados a juzgar, sino que tal imparcialidad se presente como real ante los que acuden a instar la justicia. Tal idea, continúa, que exigiría la inexistencia de límites en la recusación, ha de conciliarse con las exigencias de que la institución no se vea frustrada en su funcionamiento efectivo.

Consecuentemente con ésta aspiración conciliadora entre los diversos intereses en conflicto como es la defensa de la apariencia de imparcialidad, por un lado, y el derecho al juez predeterminado por la ley, por otro, el legislador al mismo tiempo que posibilita la recusación sin causa, dispone una restricción en cuanto al número de miembros del jurado que pueden ser recusados perentoriamente⁷⁵. En este sentido el art. 40.3 LOTJ dispone que las partes podrán recusar «sin alegación de motivo determinado hasta cuatro de aquéllos por parte de las acusaciones y otros cuatro por parte de las defensas».

La doctrina no sólo no ha descalificado este mecanismo de separación de los miembros del jurado, sino que además realza su significado señalando que

⁷⁵ LORCA NAVARRETE, *El jurado español. La nueva ley de jurado*, Madrid, 1995, apunta como fundamento de esta institución el hecho de que el jurado es sustituible, a diferencia de un miembro de un tribunal de derecho cuya cualificación jurídica sólo lo haría sustituible en tanto en cuanto se justificara la causa de la sustitución.

el mismo ha supuesto, «la introducción de un instrumento de preeminente valoración subjetiva, cuya pervivencia se justifica en la necesidad de conciliar el carácter objetivo del principio de imparcialidad, con la percepción que del mismo obtienen las partes a través del interrogatorio informal, previo a la incorporación definitiva del designado por el azar como juez lego»⁷⁶.

Se considera que a través del mismo se trata de eliminar a aquellos miembros del jurado en los que, a juicio de las partes, concurren motivos de parcialidad subjetiva, de exteriorización y prueba prácticamente imposible.

De esta manera, la permisividad reconocida a las partes de efectuar subjetivas valoraciones acerca de los criterios de decisión del candidato, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la LO 5/95, del Tribunal del Jurado, «contribuye a procurar cierto pluralismo en el colegio jurisdicente».

No podemos desconocer la necesidad de disponer fuertes limitaciones cuantitativas respecto a este tipo de recusaciones, por cuanto que ello constituye una consecuencia aprehendida de nuestra experiencia histórica, para no incurrir en los funestos resultados producidos al amparo de la anterior ley

⁷⁶ Vid. MARES ROGER y MORA ALARCÓN, *Comentarios a la ley del jurado*, Valencia, 1996, p. 289; RIOS CABRERA, «La recusación

del jurado por el mal uso que se dio a la recusación perentoria.

En efecto, promulgada la ley de jurado de 1888 se auspició el empleo torticero de esta institución, dado que lejos de ser utilizada para conformar un tribunal de jurado formado por personas con un talante independiente e imparcial, se pretendió constituirlo con quienes fueren quebrantables y fácilmente influenciables⁷⁷.

La legislación orgánica vigente no sólo establece una limitación cuantitativa de las personas que pueden ser recusadas sin alegación de causa, también ha establecido limitaciones para quienes se hallan legitimados para ejercitar esta recusación sin causa. En este sentido no todas las partes que intervienen en el proceso penal devienen legitimadas, quedando excluidos tanto el actor civil como los terceros responsables civiles.

La razón que podría justificar tal exclusión quizá pueda hallarse en que «los jurados no van a

del personal popular conforme a la Ley Orgánica 5/95 del Tribunal del Jurado», *Justicia*, 1998, núm. 1 y 2, p. 146

⁷⁷ En este sentido la Memoria de Conde Duque, de 1892 ponía de manifiesto «el generoso espíritu de ley llegó a hacer posible que el procesado, sin salirse de los cauces legales, eligiera Tribunal»; por su parte la Memoria de Trinitario Ruiz Vilarino de 1905 declaraba que «solía suceder que los interesados ponían en juego todos los medios e influencias a su alcance para conocer la disposición de ánimo de cada jurado antes de que llegara el día de las sesiones públicas en el que la defensa recusaría a aquellos de los designados por el azar que no les inspirasen confianza, no se hubieran comprometido por anticipado a dar veredicto de inculpabilidad o cuya voluntad no se hubiera podido

deliberar ni emitir veredicto sobre la responsabilidad civil derivada de los delitos que son imputados, dado que esta responsabilidad recaerá sobre el Magistrado-presidente. De ahí, que correlativamente no se les legitime para el ejercicio de este derecho»⁷⁸.

En contra de esta consideración se aduce que el interés de los actores civiles o terceros responsables en el proceso es tan digno de tutela como el que más, por lo que debe estar a su disposición cualquier instrumento procesal que coadyuve a una mejor garantía de sus intereses. Centrando la causa de esta limitación en «las previsiones algo cicateras por lo que atañe al número de candidatos en la preselección de cada causa»⁷⁹.

C) SISTEMA MIXTO.

Nuestro ordenamiento jurídico desconoce el sistema de recusación mixto que ha sido establecido en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno jurídico, consistente en la previsión legal, por un lado, de un elenco de motivos o circunstancias concretas y específicas que justifican la separación

averiguar», cit., por MARES ROGER, *Comentarios....*, op. cit, p. 291.

⁷⁸ LORCA NAVARRETE, *El jurado en España. Notas a la ley orgánica del Tribunal del Jurado*, Granada, 1995, p. 148.

del juez en quien concurre; y al mismo tiempo, el establecimiento de una cláusula abierta, es decir, una cláusula definida en términos abstractos, sin especificar la concreta circunstancia o motivo que justifica la separación del juez.

En este sentido el ordenamiento alemán alude a la existencia de «motivos suficientes para justificar una desconfianza hacia la imparcialidad del juez»⁸⁰, como causa de recusación. Y el ordenamiento italiano, dispone la existencia de «graves razones de conveniencia», como una cláusula abierta que posibilita la inhibición del juez en el conocimiento del proceso, pero que no se articula como un motivo de recusación⁸¹.

D) INCIDENCIA DE LA CONFRONTACIÓN ENTRE EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL Y EL DERECHO AL JUEZ LEGAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RECUSACIÓN.

Hay que destacar que las corrientes enfrentadas que se muestran a favor de uno u otro sistema de recusación no parecen haber individualizado con

⁷⁹ Cfr. MARES ROGER, *Comentarios a la ley del jurado*, op. cit., p. 295.

⁸⁰ Vid. § 42.2 Zivilprozessordnung de 30 de enero 1877 y § 24.2 Strafprozessordnung de 7 de enero.

⁸¹ Vid. art. 51 en relación con el 52 del Codice di Procedura Civile de 20 Octubre de 1940, y art. 36.h en relación

precisión el problema que subyace a dicha alternativa. Tanto quienes optan por la vigencia del principio de taxatividad, como aquellos que optan por una interpretación flexible, se expresan en términos de oportunidad; ora reconociendo que la taxatividad constituye el único medio para impedir la interposición de recusaciones infundadas o injuriosas⁸², ora poniendo de manifiesto la imposibilidad de remover un juez del que razonablemente cabe cuestionar su imparcialidad tan solo por falta de previsión legislativa.

No podemos ignorar que junto al derecho a ser juzgado por un juez imparcial insito en el derecho a un proceso con todas las garantías, la Constitución consagra el no menos importante derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por ley⁸³.

con el art. 37 del Codice di Procedura Penale de 22 de septiembre de 1988.

⁸² En este sentido, la STS 9 de junio de 1980 (RAJ 2570) declara «que lejos ya aquellos tiempos romanos en que, designados los Jueces por sorteo, podían los justiciables rechazarlos libremente con las fórmulas *Hunc nolo*, *timidus est* o *Ejero, inicuius est*, hoy día, en todos los ordenamientos, tal posibilidad no puede materializarse sino en los casos taxativamente previstos en las Leyes, pues lo contrario equivaldría a poner en manos de justiciables poco escrupulosos un arma reñida con la buena fe y con la lealtad procesal, mediante la cual podrían separar de su cometido, y precisamente por ello, a Jueces escrupulosos y austeros, buscando torticeramente, criterios menos rigurosos o más propicios, benévolos o favorables que se augura poseen y aplican sus sustitutos».

⁸³ DITRICH, «L'incompatibilità per il giudice derivante dalla precedente cognizione della controversia», *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1987, p. 62, subraya por un lado, que la garantía del juez natural debe encontrar aplicación en el instituto de la taxatividad, y por otro que la exigencia constitucional que debe ser primeramente tutelada es la de que la controversia sea decidida por un juez imparcial. Por lo que la complementación de ambas exigencias constitucionales puede

Todo ello se traduce en la necesidad de establecer ciertas limitaciones al desarrollo de tales derechos para garantizar su real efectividad, por lo que de conformidad con el principio de proporcionalidad, que actúa como principio general de derecho, se ha de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

El derecho al juez natural proscribe una determinación discrecional de la competencia de los órganos jurisdiccionales. Esta garantía constitucional no puede estimarse relativa sólo al órgano judicial, también y en particular se refiere a la determinación de la persona física del juez que sea competente⁸⁴.

Como entiende MORENO CATENA, «el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley debe comprender la prohibición de la libre elección de órgano judicial, sea por los litigantes,

llevarse a efecto únicamente a través de una interpretación que, en la completa fidelidad a la literalidad del precepto, examine cuáles pueden ser las situaciones sustanciales subsumibles en la hipótesis de la recusación.

⁸⁴ DE DIEGO DíEZ, *El derecho al juez predeterminado por la ley*, Madrid, 1998, pp. 67-68, destaca el contenido dual de este derecho fundamental: el objetivo u orgánico, por un lado, y el subjetivo o personal, por otro. Así el primero según detalla la STC 47/ 1983, de 31 de mayo, exige que «el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional»; el segundo aspecto exige «que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente».

sea por los órganos de gobierno, sea por los propios jueces que en razón de sus preferencias, de sus aptitudes o de sus caprichos, avoquen para sí la decisión de un litigio o de un grupo de asuntos o los rechacen»⁸⁵.

La designación del juez competente ha de efectuarse en atención a los criterios objetivos previstos en la ley, y la imprecisión de los motivos de recusación concretos que posibilitan la separación del juez competente permitiendo un amplio margen de discrecionalidad podría dejar sin efectividad ni contenido alguno el derecho al juez natural.

La íntima conexión existente entre ambos derechos fundamentales⁸⁶, derecho al juez imparcial y derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se pone de manifiesto con la ubicación que el Tribunal Constitucional diera en un primer momento al derecho al juez imparcial⁸⁷, entendiendo que el

⁸⁵ Vid. MORENO CATENA en el exordio que realiza en el prólogo del libro, De Diego Díez, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, op. cit., p. 20.

⁸⁶ AROZAMENA SIERRA, «Jueces ordinarios y Constitución», *Revista de Documentación Jurídica*, T. XII, enero-junio de 1985, núm. 45/46, p. 7, «El juez ordinario es una garantía institucional y un derecho del justiciable de protección reforzada que asegura a éste que su caso no será juzgado por órgano distinto a lo que interesa la jurisdicción ordinaria, ni por órgano que perteneciendo a la jurisdicción no esté compuesto según la determinación de reglas previas, ni por juez que perteneciendo al órgano unipersonal o colegiado esté incurso sin embargo en causa de recusación».

⁸⁷ Realmente, las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional que abordan la cuestión relativa a la ubicación del derecho al juez imparcial negaban su inclusión en el derecho

derecho fundamental al juez legal comporta «no sólo evitar que se sitúe *ab initio* el conocimiento de un concreto asunto ante un juez *ad hoc*, esto es, un concreto órgano jurisdiccional distinto del que corresponda por la aplicación de criterios legales bien determinados, sino eliminar también el riesgo de que una vez determinado el juez de un caso, ese juez sea desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones posteriores»⁸⁸. Esta línea jurisprudencial ha quedado definitivamente postergada en la jurisprudencia⁸⁹, por cuanto que el derecho al juez imparcial siendo un derecho sin reconocimiento

al juez ordinario predeterminado por la ley, como puede verse en el ATC 111/ 1982. Sin embargo, inmediatamente después, en la STC 47/1982, situó el derecho al juez imparcial dentro del derecho al juez legal. Asimismo es muy significativa la STC 47/83, que declara que «el derecho fundamental que tratamos exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta (...), garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse»; asimismo la STC 44/85, donde se reiteró que «el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley comprende también el de recusar cuando concurren las causas tipificadas de privación de idoneidad»; en el mismo sentido la STC 148/87.

⁸⁸ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, «Competencia, reparto, cambio de Tribunal y derecho al juez predeterminado por la ley», *Revista de Derecho Procesal*, 1989, núm 3, p. 710.

⁸⁹ Ruptura que DE DIEGO DíEZ, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, op. cit., p. 71, centra básicamente en la STC 145/1988; JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, 2002, p. 152 y 153, pone de manifiesto que pese a la claridad con la que se expresó el TC, en la STC 145/1988, respecto a la ubicuidad del derecho al juez imparcial en el derecho a un proceso con todas las garantías, no faltan resoluciones que siguen conectando el derecho al juez imparcial y el derecho al juez legal; Vid. SSTC 106/1989, 36/1991, 137/1994, 299/1994, y recientemente, la STC 154/2001.

explícito en el texto constitucional, se ubica de forma prácticamente unánime en la jurisprudencia constitucional dentro del derecho a un proceso con todas las garantías⁹⁰.

Consecuentemente con todo ello, la conciliación de ambos derechos únicamente puede efectuarse mediante el establecimiento de un elenco de causas de recusación «suficiente». Subsidiariamente, para el caso de que fuere admitida la imposibilidad de acotar legalmente todas aquellas situaciones que desde un parámetro de estricta razonabilidad pueden conculcar la imparcialidad del juez, quizá una flexibilidad mayor en la interpretación de las causas previstas legalmente fuese el instrumento idóneo que consienta compatibilizar ambos derechos fundamentales.

Así, cabría admitir que una interpretación que en la completa fidelidad a la literalidad de la norma, aprecie situaciones fácticas que razonablemente según el común sentir de la sociedad puedan ser subsumidas en hipótesis de recusación legal, lo cual no atenta al principio de legalidad que impera en la materia y permite complementar un régimen que *per se* resulta inabarcable.

⁹⁰ Vid., entre otras, las SSTC 51/2002; 6/1998; 7/1997; 60/1995; 32/1994; 282/1993; 157/1993; 230/1992; 151/1991; 11/1989; 164/1988.

2. CLASIFICACIÓN SEGÚN LOS EFECTOS: SISTEMA DE IUDIX SUSPECTUS VERSUS SISTEMA DE IUDIX INHABILIS.

El régimen recusatorio patrio parte de la idea de que la facultad de instar la separación del juez incurso en una causa legal, la cuál confiere legitimidad a la sospecha sobre su imparcialidad, es un derecho disponible reconocido a las partes. En consecuencia, faculta a las partes para su ejercicio instando la recusación, o su renuncia a través de su no ejercicio. Las partes serían dueñas de la pretensión recusatoria, de manera que pueden ejercitarla o no según a su derecho convenga, y su no ejercicio supone la aceptación de la imparcialidad del juez, no obstante la concurrencia de cualquiera de las circunstancias que detalla la LOPJ en los art. 219 y 220.

Por el contrario, un régimen de separación judicial que dispone causas de inhabilidad del juez, determina que cuando éste se halle incurso en causa legal de exclusión no pueda realizar validamente ningún acto en el proceso de que se trate, y en caso contrario la decisión será impugnabile por medio de los recursos establecidos en la ley⁹¹.

El paradigma de ordenamiento jurídico que distingue entre el sistema de *iudex suspectus* y de *iudex inhabilis* es el ordenamiento alemán, que

destaca por un lado una serie de motivos que justifican la exclusión del cargo judicial por ministerio de la ley⁹², y por otro, posibilita la recusación tanto en los casos en los que estuviera excluido del cargo judicial por mandato de la ley como cuando «exista temor de parcialidad»⁹³.

Como declara ROXIN⁹⁴, la diferencia entre uno y otro radica en que para la recusación de un juez siempre es necesaria una petición de parte, mientras que la exclusión opera inmediatamente de pleno derecho. Asimismo GÓMEZ COLOMER, entiende que la exclusión supone que el juez o persona afectada no puede entrar a conocer del asunto concreto en base a determinadas causas por así ordenarlo la ley, aunque puede ser solicitada la exclusión por un participante en el proceso; y la recusación implicaría que el juez o persona recusada queda impedido del conocimiento de la causa también en base a determinados motivos por haberlo solicitado un participante en el proceso⁹⁵. WACH, en este sentido, manifiesta que la distinción entre exclusión y recusación no se refiere a la forma en

⁹¹ STEFAN LEIBLE, *El proceso civil alemán*, Medellín, 1998, p. 76.

⁹² § 41 Zivilprozessordnung de 30 enero de 1877, y §§ 22 y 23 Strafprozessordnung de 7 de enero de 1975.

⁹³ § 42 Zivilprozessordnung de 30 de enero de 1877, y § 24 Strafprozessordnung de 7 enero de 1975.

⁹⁴ ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. Córdoba y Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 41.

⁹⁵ GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, p. 64.

que se hace valer la causa de separación, ni a la persona que toma la iniciativa, sino en los aspectos «*ipso iure*» y «*ope exceptionis*» en que se traduce una y otra institución⁹⁶. Así, en el primer supuesto deberá considerarse inhábil por imperio de la ley, y en el otro sólo se considerará inhábil mediando actuación volitiva de la parte, lo que determina que los actos que realiza el juez en el primer caso son inválidos mientras que, por el contrario, los que hubiere llevado a cabo un juez incurso en causa de recusación pero no recusado, son válidos.

En España, ya DE LA PLAZA se hizo eco de una orientación doctrinal que propugnaba suprimir la recusación como derecho atribuido a las partes y sustituirlo por una facultad de abstención imperativa en determinados supuestos, entre los que señalaba el vínculo conyugal, el parentesco de consanguinidad y afinidad, el desempeño del cargo de tutela y el pleito pendiente, y potestativa en los demás supuestos⁹⁷. En la actualidad no falta quienes reclaman el perfeccionamiento del régimen de separación judicial vigente a través de la previsión complementaria del sistema de inhabilidad⁹⁸.

⁹⁶ WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1977, p. 39.

⁹⁷ DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, op. cit., p. 205.

⁹⁸ VALLESPÍN PÉREZ, «Las causas de exclusión como complemento necesario de las causas de recusación y abstención a los efectos de asegurar la imparcialidad de jueces y magistrados. Insuficiente regulación del proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1999», *II Congreso de Derecho Procesal de Galicia, La justicia civil del siglo XXI*, Coord.

Existe cierta unanimidad doctrinal en la delimitación de las circunstancias que posibilitarían la exclusión legal principalmente aquellas que expresan una relación personal entre el juez y las partes, como es el vínculo matrimonial, el parentesco por consanguinidad y afinidad en determinado grado, la tutela, o la representación⁹⁹.

La opción para adoptar el sistema recusatorio exclusivamente, o éste sistema conjuntamente con el de *iudex inhabilis*, parece depender de la concepción que se sustente del derecho al juez imparcial.

Como señalaba el juez Morenilla Rodríguez en el voto particular que formuló en el asunto BULUT¹⁰⁰, siendo el derecho a un tribunal imparcial un derecho fundamental que concierne a la jurisdicción, es un derecho absoluto respecto al cual no es lícita su renuncia, porque la composición del órgano jurisdiccional es una cuestión de orden público que no puede quedar a la voluntad del acusado. Existen ciertos derechos de procedimiento a los que se puede

Pérez-Cruz Martín, Santiago de Compostela, 2000, p. 461, «una adecuada y enérgica respuesta a aquellas situaciones en que la causa que pone en entredicho la imparcialidad del Juez es tan profunda que el proceso y la sentencia dictada deben estimarse radicalmente nulos, aun cuando la parte no hubiese hecho valer la circunstancia como causa de abstención».

⁹⁹ PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, op. cit., p. 251, que propugnaban como causas de exclusión judicial por ministerio de la ley, ser parte, el vínculo matrimonial aún en caso de nulidad o separación, parentesco por consanguinidad y afinidad hasta el 4º con las partes, y 2º con los abogados, tutela.

¹⁰⁰ Bulut vs. Austria, STEDH 22-2-1996, parág. 5.

renunciar siempre y cuando la renuncia se haga de manera inequívoca, pero cuando se trata de un derecho fundamental dicha renuncia no es admisible.

El carácter de *ius cogens* que informa el derecho al juez imparcial justificaría su irrenunciabilidad¹⁰¹. Precisamente, en el supuesto que dio paso a la STEDH 28-10-1998¹⁰² en la que se condena al Estado Español por conculcar el derecho al juez imparcial, no había mediado recusación previa. De ésta doctrina cabría inferir que no obstante no haberse interpuesto recusación previa, cuando se considere que el demandante ha intentado la salvaguarda de su derecho por otros mecanismos, en particular los recursos de apelación, casación y amparo, podrá el TEDH entrar a conocer del fondo del asunto para determinar si concurre o no conculcación del derecho al juez imparcial.

Ello permitiría paliar las críticas que se han alzado respecto a la construcción del derecho a recusar como un derecho rogado¹⁰³. Precisamente la

¹⁰¹ Vid. Oberschlick vs. Austria, STEDH 23-5-1991, parág. 51; Pfeifer et Plankl vs. Austria, STEDH 25-2-1992, parág. 37; Bulut vs. Austria, STEDH 22-2-1996, parág. 28; Remli vs. Francia, STEDH 23-4-1996; McGonell vs. Reino Unido, STEDH 8-2-2000 (TEDH 67), parág. 44 y 45, resoluciones en las que se declara que una renuncia debe efectuarse de forma inequívoca, y no afectar a ningún interés público importante, por lo que el no ejercicio de la recusación no puede equipararse a una renuncia tácita.

¹⁰² Castillo Algar vs. España, STEDH 28-10-1998.

¹⁰³ RODRÍGUEZ RAMOS y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El derecho a un juez imparcial como derecho rogado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 16, 1991, p. 2, que declara que «el derecho al juez imparcial se relativiza: existirá si la parte lucha por él, pero, se esfuma y desaparece si se aquieta, o es pasivo o desconoce su

exigencia de haber ejercido previamente la recusación del órgano para poder esgrimir la conculcación del derecho al juez imparcial se reforzaría, si ésta se limitase a supuestos en los que la circunstancia que subyace no supone un menoscabo evidente del derecho al juez imparcial. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el quebranto es grave y manifiesto debiera decaer tal exigencia, admitiendo que el derecho al juez imparcial reviste una importancia capital por lo que su amparo no puede hacerse depender de los solos interesados¹⁰⁴. Ciertamente la exigencia de haber ejercitado la recusación ha sido frecuentemente determinante, pero no lo ha sido en todos los casos¹⁰⁵.

derecho (...) así mirada la cuestión, llamar a dichos derechos fundamentales parece que es otorgarles un apelativo que les viene grande y por ende no les corresponde»; en el mismo sentido, BARJA DE QUIROGA, «El juez imparcial», *Jurisdicción y competencia penal* en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 359 y 360.

¹⁰⁴ SANTOS VIJANDE, «Abstención y recusación de jueces y magistrados (II)», *La ley*, núm. 4720, enero, 1999, p. 3, para quien «resulta harto difícil discutir que los propios Tribunales no estén comprometidos por un deber de vigilar de oficio la concurrencia de causas de parcialidad en cuanto lleguen a su conocimiento»; en contra, BERMÚDEZ OCHOA, «La configuración jurisprudencial del concepto de imparcialidad objetiva», *Justicia*, núm. 1, 1997, p. 137, para quien impera «la necesidad de alegar las violaciones de las normas procesales en el mismo momento en que se producen, incluso las que afectan a derechos fundamentales, sin que la parte interesada pueda reservar su queja para el momento que prefiera».

¹⁰⁵ Así la STS 25-1-1991 (RAJ 357) afirma que «la preservación del derecho al juez imparcial no periclita porque el juzgador no haya sido recusado (...) dada su estricta observancia y el orden público al que pertenecen los preceptos que la respaldan»; STS 27-1-1992 (RAJ 461); ATS 30-5-1988 (RAJ 4118); ATS 18-5-1990 (RAJ 8179). Así como en la STC 113/1992; por contra la STC 384/1993 declara «de admitirse la pretensión del recurrente en el sentido de que la falta de interposición del incidente de recusación no debe impedir la estimación del

Recientemente la STC 310/2000 produce una inflexión en esta doctrina, por cuanto que tras reconocer que ninguno de los recurrentes había instado el incidente de recusación, al apreciar que alegaron la vulneración del derecho en el recurso de casación, con lo que el Tribunal Supremo habría tenido oportunidad de pronunciarse sobre la lesión denunciada, entra a examinar la vulneración alegada. Esto quizá suponga una apertura a la configuración de la inobservancia de determinadas causas de recusación como motivo de impugnación de la sentencia en que tal quebranto tiene lugar.

III. ANALISIS DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.

1. ACOTACIÓN MATERIAL DEL ÁMBITO INTERPRETATIVO.

Antes de exponer los argumentos que esgrime la jurisprudencia para sustentar el criterio restrictivo en materia de interpretación, y analizar los razonamientos de quienes avalan la tesis de atribuir cierta flexibilidad en la materia, es necesario hacer una breve digresión respecto al

presente motivo, se favorecería un indebido uso alternativo por las partes del derecho a la recusación, al no derivarse consecuencia negativa alguna para ellas de la consciente falta de interposición del correspondiente incidente por motivo de una expectativa razonable de obtener un fallo absolutorio»; STC 138/1991; ATC 799/ 1985.

concreto ámbito material objeto de interpretación. La delimitación del objeto de nuestro análisis en absoluto constituye una cuestión baladí, dado el alcance práctico que tal cuestión comporta.

En efecto, al analizar la jurisprudencia española y la jurisprudencia emanada del TEDH, se observa que tanto una como otra, al determinar si se ha producido o no vulneración del derecho a la imparcialidad del juez, coinciden en hacerlo bajo una perspectiva dual: subjetiva y objetiva. Sin embargo, no cabe apreciar un mismo concepto en uno y otro caso puesto que al dotar de contenido tales aspectos, el subjetivo por un lado, y el objetivo por otro, se aprecia una notable divergencia entre ambos.

Tal heterogeneidad es consecuencia lógica del diverso ámbito material que constituye el objeto de comprensión y examen, en uno y otro caso, por lo que cualquier análisis que en este terreno se lleve a cabo, debe partir necesariamente de la delimitación de éste.

Nuestra doctrina y jurisprudencia agrupa bajo el común denominador de la imparcialidad subjetiva, todas aquellas sospechas que se materializan en relaciones de carácter extraprocesal que pudieren existir entre el juez y las partes intervinientes en el proceso. Por el contrario, aquellos supuestos en los que se previene una relación, procesal o extraprocesal, que hubiere puesto en relación al

juez competente con el objeto del proceso entra dentro del concepto de imparcialidad objetiva¹⁰⁶.

Hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al juez imparcial es un derecho de configuración legal, cuya concreción se efectúa de forma negativa¹⁰⁷, esto es, mediante la previsión de las causas o motivos que suponen su quebranto, y de los requisitos formales y temporales a cuyo cumplimiento se somete su ejercicio¹⁰⁸.

¹⁰⁶ PICÓ I JUNOY, «La imparcialidad objetiva del juez a examen», *La ley*, núm. 4486, 1998, p. 4, hace una matización respecto a esta clasificación que considera incorrecta, manteniendo que la imparcialidad judicial hace referencia a la consideración del juez como sujeto ajeno a lo discutido en un proceso y a la partes litigantes de ahí que su imparcialidad o parcialidad siempre es subjetiva, (...) siendo las causas de recusación y abstención las que pueden clasificarse en subjetivas y objetivas.

¹⁰⁷ Vid. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, p. 63, expresa claramente esta idea al señalar que «la imparcialidad en cuanto exigencia de una actitud, no puede consistir en una posición jurídica, se es jurídicamente independiente pero no se es jurídicamente imparcial, y su plasmación normativa no puede ser otra que la de las cautelas que tratan de impedir la parcialidad o la sanción cuando se ha manifestado en conductas»; en el mismo sentido DAMIÁN MORENO, *Introducción al sistema judicial español*, op. cit., p. 46.

¹⁰⁸ En este sentido, la STC 157/93, de 6 de mayo resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad por no contemplar, entre las causas de abstención y recusación, que el juez hubiese resuelto la causa en la instancia por sentencia que luego es anulada por vicios de procedimiento, manifestando que «el legislador puede, con los límites reseñados, modificar aquellas causas de abstención y recusación y puede asimismo, si lo llegara a considerar procedente, incluir entre ellas hipótesis que aquí hemos examinado, pero en modo alguno cabe sostener que tal acto positivo de legislación sea un imperativo constitucional, si bien, en este supuesto si como puso de manifiesto el Fiscal General del Estado, el pronunciamiento final de una sentencia que estimase esta cuestión no podría ser dictar la nulidad del precepto cuestionado, sino declarar que en su texto ha de considerarse el caso previsto en el art 796.2 LECrim,

En principio, únicamente los motivos definidos por ley que justifican la abstención o recusación conculcan la imparcialidad del juez, por lo que cualquier hecho o circunstancia que no pueda subsumirse en alguna de las causas legales no puede definir de forma negativa el contenido de este derecho fundamental¹⁰⁹.

El TEDH como hemos apuntado anteriormente, también constata una perspectiva dual en la configuración de la imparcialidad judicial, pero a diferencia de nuestra jurisprudencia, traza su contenido tomando en consideración un criterio que adquiere significación propia, trasciende de su ámbito gnoseológico para redefinir el concepto mismo de imparcialidad judicial, siendo éste el de la apariencia de imparcialidad.

pronunciamiento que iría más allá de lo que podría aceptarse en una sentencia interpretativa medio lícito, muy delicado, y difícil, utilizable por el TC, para constituir una actividad legiferante».

¹⁰⁹ Vid. JIMÉNEZ ASENCIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, op. cit., p. 300, pone de manifiesto la crisis en que se halla la noción del derecho al juez imparcial como un derecho de configuración legal, y declara «desgraciadamente, la crisis de este sistema legal ha tardado mucho tiempo en presentar sus credenciales (...) el vigor del derecho al juez imparcial ha sido fuertemente debilitado por un legislador nada innovador, en este terreno, una jurisprudencia muy apegada a los enunciados recogidos por el legislador y poco receptiva a la dimensión surpalegal (*rectius*, constitucional) del derecho, así como por una doctrina que ha adoptado posiciones escasamente críticas».

La perspectiva subjetiva de la imparcialidad judicial pretende determinar la convicción personal del juez, lo que piensa en su arcano interno, posibilitando la separación de aquél que manifieste haber tomado una postura previa o un prejuicio personal¹¹⁰. Puesto que la imparcialidad personal del juez competente goza de una presunción *iuris tantum*, será la prueba de que concurre en el caso concreto cualquiera de las causas legítimas de abstención o recusación previstas por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo que constituye un elemento que posibilita enervar tal presunción.

Sin embargo, ateniéndonos a la jurisprudencia dimanante del TEDH, el ámbito material de la imparcialidad objetiva no necesariamente se define por la concurrencia de una causa legal. En efecto, en su delimitación el alto Tribunal se abstrae de la concurrencia de las causas concretas de separación que especifiquen los Estados miembros en su derecho interno, en cuanto circunstancias susceptibles de conculcar la imparcialidad judicial, e introduce un criterio nuevo que adquiere singular importancia, y que es nominado con la expresión de «apariencia de imparcialidad»¹¹¹.

¹¹⁰ Vid. De Haes et Gijssels vs. Bélgica, STEDH 27-1-1997, parág. 50; Remli vs. Francia, STEDH 23-4-1996, parág. 47; Le Compte, Van Leuven et de Meyere vs. Bélgica, STEDH 23-6-1981, parág. 58.

¹¹¹ Vid. BERMÚDEZ OCHOA, «Problemas orgánicos y procesales de la llamada contaminación procesal. La sentencia del Tribunal Constitucional, 145/88, de 12 de julio», *Cuadernos del Poder Judicial*, 1994, p. 64; en «La configuración jurisprudencial del

Partiendo de consideraciones de carácter funcional y orgánico, la imparcialidad objetiva determinará si el juez o magistrado en el ámbito de un proceso concreto ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable o legítima sobre su imparcialidad. La razonabilidad de la sospecha constituye el resultado de una ponderación de intereses privados y públicos concurrentes, ya que si por un lado, la óptica del interesado ha de ser tomada en cuenta, por otro, es necesario constatar si tales aprehensiones están objetivamente justificadas¹¹².

La jurisprudencia emanada del TEDH, tal y como dispone nuestra Constitución en el art. 10.2 y ha expresado el propio Tribunal Constitucional, constituye un valioso acervo que debe de ser utilizado como criterio hermeneútico que permita delimitar el contenido del derecho fundamental al juez imparcial. Por ello, no podemos desconocer la repercusión que el nuevo matiz que significa la apariencia de imparcialidad, comporta a la hora de

concepto de imparcialidad objetiva», *op. cit.*, p. 103, admirablemente destaca cómo con esta acepción se atribuye un significado específico al concepto de imparcialidad objetiva en cuanto presupone aún salvada y acreditada la efectiva imparcialidad y ausencia de perjuicios subjetivos, el conjunto de datos objetivos que derivan de la relación anterior con los hechos debatidos y los elementos orgánicos pueden conformar un impedimento por sí mismo para entender salvaguardada la necesaria imparcialidad, en cuanto ésta tiene una vertiente importante en relación con la apariencia o imagen de tal (no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace).

¹¹² Vid entre otras *Remli vs Francia*, STEDH 23-4-1996; *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, STEDH 22-4-1994; *Padovani vs. Italia*, STEDH 26-2-1993.

configurar el contenido del derecho a la imparcialidad judicial.

Esta nueva dimensión traza un sentido de la imparcialidad judicial con un perfil más amplio que el definido por nuestro régimen legal y tasado de causas de recusación, e indudablemente debe conformar una variación en el criterio interpretativo predominante, propugnando una relación más flexible entre el principio de taxatividad y los métodos de interpretación.

La afirmación de «la apariencia» como criterio eficiente colige la existencia de un evidente interés público en garantizar la imparcialidad del juzgador por una parte, y la no menos importante de preservar el prestigio de la función jurisdiccional, por otra.

La incidencia de esta diversa finalidad justifica que las *apariencias* por sí mismas, en cuanto que capaces de cuestionar la confianza que deben inspirar los órganos jurisdiccionales a los justiciables en una sociedad democrática, puedan resultar determinantes para excluir del conocimiento de un determinado asunto a quien no ofreciese suficientes garantías para evitar toda sombra de prejuicio o prevención¹¹³.

En resumen, los mecanismos de abstención y recusación no operan indagando si en un caso

concreto aquél en quien concurren determinadas circunstancias se siente personalmente inclinado a favorecer o a rechazar las pretensiones de alguna de las partes en litigio. Lo que importa es conjurar el peligro de parcialidad aún inconsciente, y de empañamiento de la imagen pública del órgano jurisdiccional como instancia imparcial, dialécticamente superadora de las posiciones encontradas de los litigantes.

Precisamente, esta doctrina insinuada tímidamente en el auto 24-10-1997¹¹⁴ resolutorio de la recusación de Gómez de Liaño, ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional que parece haber consagrado definitivamente un cambio jurisprudencial

¹¹³ Vid. STC 162/1999.

¹¹⁴ Auto resolutorio de la recusación del magistrado Gómez de Liaño y Botella en el llamado caso Sogecable, en el que pese a establecer no haber sido acreditada la enemistad manifiesta derivada de determinados editoriales y críticas vertidas por el diario El País contra el recusado, y el interés directo por las estrechas relaciones de amistad que el recusado mantenía con quienes eran los acusadores, causas en las que el recusante fundaba su recusación, no obstante según dispone el fund. jco. décimo fue acordada la separación del juez recusado por mor a la posible conculcación de la apariencia de imparcialidad, ya que según señalaba «la extraordinaria repercusión que ha tenido esta causa en los medios de recusación, ha trascendido a la opinión pública produciéndose sin duda un grave perjuicio para la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, al quedar de algún modo, aunque sea aparentemente, en entredicho la imparcialidad del juez»; precisamente CALVO SÁNCHEZ se hace eco del mismo, y lo califica de auto realmente insólito, fundamentado en una causa *ex lege*, con una extraña visión del concepto de dudas acerca de la necesaria imparcialidad, «Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997», op. cit., p. 1772.

en la STC 162/99¹¹⁵, en cuanto que haciendo abstracción de la vigencia del principio de legalidad, y dando carta de naturaleza al criterio de «apariencia de imparcialidad» como criterio conformador del derecho al juez imparcial, estima su vulneración en base al contenido de unas manifestaciones proferidas por uno de los magistrados al acusado, quebrantando de este modo dicha apariencia¹¹⁶.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo se hace eco de este cambio jurisprudencial y expresamente declara que «este carácter legal y tasado de las causas de abstención y recusación es compatible con la necesidad de que las disposiciones legales que concretan y regulan dichas causas sean interpretadas y aplicadas con amplitud, de conformidad con las

¹¹⁵ Iniciado en la STC 157/1993, y que definitivamente de una manera explícita contempla en la STC 162/1999.

¹¹⁶ La STC 162/1999, que analiza la transcendencia jurídica de unas manifestaciones efectuadas por un magistrado en un medio de comunicación, en réplica de otras manifestaciones públicas concernientes a la ideología política de dos miembros de la Sala efectuadas por el acusado, declara, «el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la salvaguarda de su propia imparcialidad les impone un específico deber de reserva que tanto les impide utilizar como argumento el propio objeto de enjuiciamiento para reaccionar frente a los ataques verbales, como anticipar cualquier veredicto de culpabilidad del acusado o sobrepasar el límite que les haga aparecer, a los ojos del acusado o de los ciudadanos en general, incursos en un enfrentamiento personal con aquél, distinto y superior al que estructuralmente se establece entre quienes han de decidir sobre el fundamento de una acusación penal, y quién es objeto de la misma (...) La global descalificación del acusado, expresada pocos días antes de su enjuiciamiento, no situó al Tribunal en las mejores condiciones para garantizar que su veredicto final gozara de la confianza del público y, mucho menos, de la del acusado. La queja del recurrente se funda en una sospecha objetivamente justificada».

pautas que han ido estableciéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y muy especialmente por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con cuya doctrina se pueden llegar a configurar supuestos en que sea obligada la abstención y legítima la recusación aunque no estén clara y expresamente contemplados en las normas legales»¹¹⁷.

Ahora bien, aunque la cautela aconseja suscribir tal apreciación, esto es, que la taxatividad es regla general en nuestro régimen recusatorio, admitir que existen supuestos no previstos por ley que pueden razonablemente, según la doctrina del TEDH, cuestionar la imparcialidad y justificar la separación del juez, comporta que de forma inmediata a su reconocimiento jurisprudencial se lleve a cabo su sanción legal. No sólo, porque de no ser así se incurre en una contradicción en sus propios términos, ya que no se puede afirmar al mismo tiempo el carácter tasado de los motivos previstos en la LOPJ para justificar la recusación, y la existencia de otros supuestos reconocidos sólo jurisprudencialmente que resultan atentatorios al derecho al juez imparcial. Sino también, porque al haber sido necesaria una delimitación negativa del derecho al juez imparcial, partiendo de que sólo es dable hablar de juez imparcial en ausencia de las causas de recusación previstas por ley, cualquier

¹¹⁷ Vid. la STS 22-2-2002, (RAJ 3397); STS 4-7-2002 (<http://www.tirantonline.com>).

falta de previsión legal cercenaría el propio derecho fundamental¹¹⁸.

2. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA: METODO CONCILIADOR DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD Y EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL.

Habiéndose optado por la tipicidad de las hipótesis de abstención y recusación, cabe precisar la doctrina jurisprudencial en relación al criterio interpretativo que rige en la materia y los argumentos esgrimidos para sustentar su aplicación. A continuación, y dado que la premisa de carácter axiomático y de proscripción de toda interpretación analógica o extensiva parece haber quedado sujeta a revisión en los últimos años, y ha provocado el planteamiento del problema en la doctrina, expondremos los distintos razonamientos que cuestionan la conveniencia de acoger tal criterio de interpretación.

El criterio interpretativo mantenido hasta el momento por nuestra jurisprudencia en esta materia

¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Artículo 24: garantías procesales», dir. Alzaga, *Comentarios a la Constitución de 1978*, T. III, Madrid, 1996, p. 98 señala que «no existen causas atípicas de abstención y recusación, porque caso de que alguna causa de abstención y recusación no prevista se considerara que debería estarlo, a dicha conclusión se debería llegar a través de un juicio de inconstitucionalidad por omisión de los art. 219 y 220 LOPJ».

ha sido de corte restrictivo, entendiendo por tal aquél que se limita a determinar el estricto significado de las palabras de la ley de acuerdo con el sentido de la misma sin extenderla a supuestos distintos.

Han sido diversos los argumentos esgrimidos a favor de esta interpretación. En primer lugar, se considera que ello refuerza la defensa del criterio de legalidad imperante en la materia¹¹⁹; en segundo lugar, se aduce la necesidad de obviar posibles subterfugios que supongan un atentado a la economía procesal, o que provoquen dilaciones innecesarias que pudieren llegar a constituir verdaderos fraudes de ley¹²⁰; y en tercer lugar, se entiende que la interpretación restrictiva impide que se produzcan descalificaciones sin fundamento, o meros juicios de valor sobre los titulares de órganos jurisdiccionales.

Esta línea de interpretación halla su fundamento en la configuración misma del sistema recusatorio adoptado por nuestro legislador, el cual no había sido preordenado tanto a asegurar la

¹¹⁹ Se afirma, en consecuencia, que las causas de abstención y recusación en modo alguno pueden ser objeto de interpretación extensiva o analógica so pena de introducir contraviniendo el criterio legal, causas de recusación distintas de las legalmente determinadas. Vid SSTS 28-2-1984 (RAJ 1670); 21-10-1986 (RAJ 5714); 20-1-1996 (RAJ 188).

¹²⁰ Vid. STS 10-3-1986 (RAJ 1281), que pone de manifiesto como, quien ya había obtenido plena satisfacción a sus pretensiones lleva cerca de diez años, mediante recursos, recusaciones y denuncias demorando la finalización del referido proceso de ejecución procesal.

imparcialidad de la actuación jurisdiccional cuanto a evitar que cualquier suspicacia del recusante justificase una recusación judicial.

Ciertamente, la recusación se conforma como un derecho del recusante, una facultad puesta a disposición de un interés privado¹²¹, de ahí que su alegación constituya una carga del recusante. Además, dado que concierne a la competencia subjetiva del órgano jurisdiccional en todo caso presumible *iuris tantum*, su regulación específica constituye una garantía de que el excepcional uso de la misma, por su fundabilidad y tempestividad, no degenera en una maniobra abusiva teñida de fraude procesal.

La regulación de la abstención y recusación deja traslucir una preocupación legítima, pero actualmente excesiva por evitar que las recusaciones sean formuladas con excesiva ligereza¹²². Sin

¹²¹ En este sentido, la STS 28-6-1982 (RAJ 3581), conceptúa la recusación como un acto procesal de parte en virtud del cual se rechaza al juzgador objetiva, territorial y territorialmente competente, pleno de capacidad y en el que no concurre ninguna causa de incompatibilidad genérica del conocimiento de un determinado asunto o negocio determinado en que dicha parte tiene interés, porque existiendo a juicio de dicha parte, en el mentado juzgador, cierta tacha personal, es decir, determinada circunstancia personalísima que le liga al proceso o a una de las partes directamente, se recela o sospecha, o se tiene la certidumbre que no actuará con la serenidad ponderación, rectitud e imparcialidad que deben caracterizar las actuaciones de los órganos jurisdiccionales.

¹²² En tales términos se ha manifestado DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 396, y señala que «si esta inspiración debiera seguir considerándose decisiva, la interpretación de las causas de recusación habría de ser restrictiva. Más si el motivo actual de preocupación podría ser

embargo, no pone demasiadas trabas al uso frecuente e incluso abusivo del incidente de recusación como instrumento para dilatar la tramitación y resolución de los procedimientos con menoscabo del derecho constitucional a un procedimiento sin dilaciones indebidas. Para evitarlo, el Tribunal Constitucional ha admitido el rechazo *ad limine* de la recusación por manifiesto abuso de derecho o entrañar fraude de ley o procesal, especialmente en aquellos casos en los que se estima que tiene por finalidad dilatar la tramitación o resolución del procedimiento principal.

Esta falta de previsión legislativa, paliada en cierto modo por la doctrina del Tribunal Constitucional que admite la inadmisión a *limine litis*, no justifica una interpretación restrictiva de las causas legalmente previstas como causas que legitiman la separación del juez competente.

No podemos desconocer que la recusación constituye el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los tribunales ordinarios del derecho fundamental al juez imparcial o para evitar la consumación de su lesión¹²³. De tal consideración podría llegar a entenderse que una interpretación excesivamente restringida, comporta la privación a

más bien, como pensamos que es, el de no obstaculizar y disuadir en demasía la recusación, y correlativamente, el de no enfatizar suficientemente el deber de abstención, entonces lo que procedería es interpretar teológicamente las antedichas causas».

uno de los litigantes de los instrumentos funcionales adecuados para obtener, o preservar la vigencia de dicha garantía constitucional.

Ello en modo alguno supone avalar una desnaturalización de lo que históricamente ha significado el incidente de recusación, se trataría por el contrario de acentuar su significado instrumental de garantía a costa de una interpretación excesivamente rígida¹²⁴.

A partir de estas consideraciones, la dogmática procesal de los últimos años se muestra favorable a una interpretación amplia y flexible de las causas que legítimamente fundamentan la recusación. Su aceptación no confronta abiertamente el principio de taxatividad como axioma incuestionable, y parece más acorde con el espíritu constitucional que consagra al más alto nivel el derecho de todos los ciudadanos a obtener tutela judicial efectiva impartida por

¹²³ Vid. STC 134/94.

¹²⁴ Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1996, p. 157, reseña el peligro que entraña una interpretación rigorista y excluyente de cualquier otra aplicación, puesto que puede dejar en determinados casos grietas o recelos a la objetividad de la función judicial, respecto a aquellos magistrados que hayan conocido ya del objeto del proceso o hayan emitido con anterioridad algún juicio de valor acerca de alguno o algunos elementos esenciales que han de someterse a nueva valoración y además conforman el tipo penal que posteriormente se enjuicia o son decisorios en el procedimiento posterior. Tales apreciaciones no siendo una primera instancia propiamente dicha sino adoptadas en un incidente o resolución previa, quedarían al margen de la literalidad de la causa de recusación y, sin embargo, podrían realmente comprometer la objetividad e imparcialidad de la función jurisdiccional, que es lo que a su través se intenta proteger.

órganos jurisdiccionales que se reputen imparciales¹²⁵.

La nueva perspectiva desde la que se aborda el análisis de la imparcialidad judicial introducida por el TEDH proporciona, sin duda alguna, un inestimable argumento a favor de quienes postulan una interpretación amplia y flexible de las causas de recusación y abstención¹²⁶.

En esta labor interpretativa es preciso descubrir el fin que ha de atribuirse a la norma, en cuanto que la delimitación del elemento teleológico permitirá distinguir la razón de su existencia, su

¹²⁵ Precisamente RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, Barcelona, 1999, p. 262, para quien tan importante es la garantía para la credibilidad del sistema que la interpretación de los motivos de sospecha no debe hacerse de forma restrictiva»; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Artículo 24: Garantías procesales», op.cit., p. 98, declara que «la tradicional afirmación de que ese carácter taxativo de las causas de recusación obliga a hacer una interpretación restrictiva de las mismas debe considerarse actualmente superada, debiendo aplicarse en su lugar una interpretación teleológica»; SANTOS VIJANDE, «Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)», op. cit., «no se trata sólo de el juez «sea ajeno» a la res in iudicio deducta y de que «esté ajeno» a ella, por no haber tenido un contacto anterior y no estar prevenido, también es necesario que su posición y su actuación procesales no inspiren el temor fundado de parcialidad. No basta con que el proceder del juez sea irreprochable, sino que además es preciso que lo parezca pues la apariencia razonable o cabal de parcialidad es fundamento suficiente, sin necesidad de mayor prueba, para que un juzgador deba apartarse o pueda ser apartado del conocimiento de un asunto».

¹²⁶ A este respecto el Auto de 24-10-1997 resolutorio de la recusación interpuesta Gómez de Liaño (fund. jco. décimo), fue la primera resolución que estimó una recusación al margen del elenco de causas tasadas en la ley, por considerar que la extraordinaria repercusión que la causa tuvo en los medios de comunicación, y por haber trascendido a la opinión pública se había producido un grave perjuicio para la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, al quedar de algún modo, aunque sea aparentemente, entredicho la imparcialidad del juez.

*ratio legis*¹²⁷. No cabe desconocer que «el verdadero fin de las normas procesales, incluso las imperativas, que son en realidad reglas de oportunidad y conveniencia, está fuera de ellas mismas»¹²⁸.

El método teleológico, es un método en el que el texto ocupa un segundo plano; la interpretación es, de este modo, una operación en la que el objeto

¹²⁷ Asimismo, y en lo que respecta a la insuficiencia de las causas que posibilitan la abstención y recusación ha tenido ocasión de pronunciarse el CGPJ en el informe al anteproyecto de ley orgánica de reforma de la LOPJ de 12 de Agosto de 1996 que más tarde se convertiría en LO 5/1997, publicado en el *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, en Septiembre de 1996, núm 131, p.78. Así como en el informe al anteproyecto de LEC de 11-5-1998, *La reforma del proceso civil, informes a los anteproyectos de la LEC, y de reforma de la LOPJ, y texto de los anteproyectos de ley. Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1998, señala que «dado que nuestro sistema de abstención y recusación es de causas legales tasadas, conforme asimismo a las exigencias constitucionales de inamovilidad y predeterminación legal del Juez, es importante resaltar que puede existir un desfase, ya apreciado en la práctica, entre la estricta regulación legal de estos supuestos y las exigencias derivadas de la salvaguarda del requisito de imparcialidad, puesto que en la actualidad tanto el Juez o Magistrado que se abstiene, como el órgano llamado a resolver sobre la recusación, han de ajustarse estrictamente al sistema legal de causas establecidas, mientras que si están en juego exigencias estructurales, relativas a la configuración objetiva de los Juzgados y Tribunales, que preserven la apariencia misma de imparcialidad, puede ser necesario un mayor margen de arbitrio judicial en el sistema legal de abstención y recusación». Por ello, considera que la concesión por parte del legislador de un cierto margen de interpretación a los órganos llamados a decidir sobre la recusación pudiera ser una solución adecuada, teniendo en cuenta para ello tanto la configuración como causa de sanción de la abstención injustificada (art. 418 LOPJ, núm. 14), como la posible utilización abusiva de la figura de la abstención por un determinado juez o magistrado para rehusar el conocimiento de algún asunto por motivos distintos de los legalmente establecidos por los perjuicios que ello indudablemente ocasionaría para el interés público.

¹²⁸ Vid. PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, op. cit., p. 96.

interpretado es en primer lugar la decisión valorativa que está en la base de la ley, o dicho de otra manera, un principio decisorio que está «detrás» de ella¹²⁹. Por este motivo podría decirse que en realidad el punto de partida de la interpretación basada en el método teleológico no es el texto legal aplicable, sino el conflicto social actual que requiere solución legal.

El sentido actual de la ley no podría descubrirse sino aplicando la decisión valorativa del legislador «descubierta» por el interprete a casos análogos a los que aquél tuvo en cuenta en el momento de dictar la ley. En otras palabras, la definición del sentido «actual» del texto según las necesidades del presente, tendría un límite: los conflictos nuevos sólo serán cubiertos por el texto de la ley si son análogos a los que motivaron la sanción de la ley.

CALVO SÁNCHEZ, en esta línea argumental advierte lo inadecuado que resulta propugnar una interpretación rigorista amparada en el estricto tenor literal con el que el legislador enuncia los motivos de recusación, sin atender a una interpretación teleológica del precepto, en cuanto interpretación más acorde a los valores que propugna

¹²⁹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, «La interpretación según el título preliminar del Código Civil», Discurso leído el día 18 de Noviembre de 1996, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, Madrid, 1996, pp 69-79.

la Constitución Española, entre los que ocupa en lugar preeminente la Justicia¹³⁰.

La incongruencia entre la generosidad a la hora de formular el principio de imparcialidad judicial en cuanto que la apariencia de parcialidad es criterio suficiente, y la tacañería en la aplicación de dicho principio al caso concreto, el expansionismo de lo abstracto y el reduccionismo de su aplicación al caso particular, el maximalismo del enunciado y el minimalismo de la conclusión genera inseguridad jurídica, y supone una cierta dosis de engaño en cuanto que promete mucho más de lo que da, situación defraudatoria que se superaría si se admitiera la licitud de cualquier apariencia de parcialidad objetiva como causa de recusación¹³¹.

3. VALOR Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LO CONCERNIENTE AL DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL.

El reconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su base

¹³⁰ CALVO SÁNCHEZ, «La recusación de los jueces y magistrados (II)», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, 1989, pp. 699 y ss, en las que analiza todas aquellas situaciones que pudieron ser acogidas o pueden extraerse teleológicamente.

¹³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, «Derecho a la imparcialidad judicial objetiva (Contaminación del instructor)», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 17, 3ª época, marzo-2001, p. 86.

en la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 4 de Noviembre de 1950, que ha pasado así a ser parte de nuestro derecho interno (art. 96 CE).

Precisamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conforme a lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, tienen eficacia concreta en la interpretación del propio texto constitucional y de los derechos que él mismo consagra.

Haremos exclusiva referencia al Convenio de Roma de 1950 por cuanto que el mismo «no se limitó a imponer obligaciones a los Estados, ni siquiera a establecer un Tribunal ante el cual pudieran éstos presentar sus demandas, sino que confirió derechos a los individuos, como tales, frente a sus propios Estados, y creó instancias de decisión supranacionales cuyo uso no monopolizan ya los Estados»¹³².

Dicha norma internacional ha consagrado la imparcialidad judicial como garantía procesal a través del art. 6.1 que preceptúa: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista (...) por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el

fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella»¹³³.

Corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su calidad de intérprete supremo del Convenio, establecer el alcance de los derechos fundamentales que consagra a través de su jurisprudencia. Por ello, para la interpretación del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, la jurisprudencia emanada de este tribunal supranacional es un elemento interpretativo de primer orden¹³⁴. Además de las obligaciones que para España se pudiesen derivar de las sentencias en que resulte condenada como

¹³² Vid. TRUYOL Y SERRA, *Los derechos humanos: declaraciones y Convenios internacionales*, 3ª ed., Madrid, 1984, pp. 46 y ss.

¹³³ Asimismo, el art. 14.1 del Pacto de Nueva York sobre derechos civiles y políticos, (Nueva York, 16 de Diciembre de 1966) se expresa en términos similares, y en el art 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de Diciembre de 1948).

¹³⁴ DELGADO BARRIO, «Proyección de la decisiones del TEDH en la jurisprudencia española», *Revista de Administraciones Públicas*, núm. 19, 1989, pp. 238-239; REY MARTÍNEZ, «El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del art. 10.2 CE), *Revista General del Derecho*, núm 537, 1989, pp. 3616-3617, en cuya virtud puede concluirse que las sentencias dictadas por el TEDH no sólo gozan de la eficacia concreta que tienen en los litigios en que se dictan, sino también van a tener valor interpretativo general del Convenio, en cuanto complemento jurisprudencial de éste; BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1997, p. 136, para quien el denominado «efecto indirecto» de las sentencias del TEDH tiene una repercusión armonizadora de los distintos ordenamientos de los Estados parte; MORENILLA RODRÍGUEZ, «Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 193, que con cita de LINDE manifiesta que «a los efectos de verificar el sentido de alcance de los derechos y libertades del Título 1º de la Constitución, ésta se vincula a las interpretaciones llevadas a cabo por el referido Tribunal».

consecuencia de la violación de alguno de los artículos del Convenio¹³⁵, la jurisprudencia del TEDH, al resolver cualquiera de los casos que se le plantean, constituye un valioso acervo que ha de ser utilizado como criterio hermeneútico para precisar los contornos de los derechos fundamentales entre los que, pese a no estar explícitamente reconocido, el derecho al juez imparcial ocupa un sitio preeminente.

En un primer momento, en el caso DELCOURT¹³⁶, el TEDH arrumbó la interpretación restrictiva del derecho al juez imparcial de una manera explícita. Concebida la imparcialidad como principio y garantía fundamental de la jurisdicción, en el caso DE CUBBER el Tribunal volvió a apelar a la esencia garantista de dicho principio para superar una lectura simplista del precepto que lo redujera al tenor literal del mismo, poniendo de manifiesto que «una interpretación restrictiva del art. 6.1, singularmente en cuanto al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio, no

¹³⁵ Como declara la jurisdicción comunitaria, «poco importa que de la constatación de la existencia de una violación se sigan consecuencias graves para la organización judicial de un Estado, pues es evidente que incumbe a las altas partes contratantes ordenar su sistema judicial de manera que le permita responder a las exigencias del art. 6.1», STEDH 26-10-1984 (Caso de Cubber) parág. 34.

¹³⁶ A propósito del derecho a un tribunal imparcial el TEDH en el asunto Delcourt vs. Belgique, de 17 de Enero de 1970, en el parág. 25 tuvo ocasión de declarar que ««en una sociedad democrática, en el sentido del Convenio, el derecho a una recta administración de justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del art. 6.1, no se correspondería con la finalidad y el objeto de esta disposición».

encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el seno del Convenio»¹³⁷.

Pero a pesar del rigor y de la claridad con la que se expresa en las resoluciones a que hemos hecho referencia, paulatinamente se hace constatable una desviación de esta línea jurisprudencial hacia otra más indefinida y de contornos más imprecisos. En efecto, el asunto HAUSCHILDT¹³⁸ marcará el punto de inflexión hacia una jurisprudencia en materia de imparcialidad judicial menos garantista. Ya que si bien constituye un compendio de la doctrina que el propio Tribunal venía manteniendo hasta ese momento, recogida en el viejo adagio anglosajón, «justice must not only be done; it must also be seen to be done», determina el comienzo de una interpretación restringida siquiera sea mediante la introducción de la doctrina del caso concreto en el análisis de la imparcialidad judicial¹³⁹.

¹³⁷ Caso De Cubber vs. Bélgica, STEDH 26-10-1984; en el mismo sentido el caso Piersack vs. Bélgica., STEDH 1-10-1982, parág. 31 que declara suficiente que «la imparcialidad del Tribunal que ha de decidir sobre el fondo de la acusación pudiera estar sujeta a caución».

¹³⁸ Hauschildt vs. Dinamarca, STEDH 24-5-1989, parág. 51.

¹³⁹ En dicho asunto matiza la Corte que el hecho que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema como el danés, haya tomado decisiones durante el proceso, concretamente respecto a la detención provisional, no puede sin embargo justificar en sí dudas respecto a su imparcialidad ya que ciertas circunstancias pueden en un caso determinado autorizar una conclusión diferente. Asunto Hauschildt c Dinamarca, STEDH 24-5-1989, parág. 50 y 51; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El juez imparcial», en *Jurisdicción y competencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996,

Observando las diversas resoluciones que han ido jalonando la jurisprudencia sobre la imparcialidad, podría mantenerse que la evolución experimentada por la jurisprudencia del TEDH ha ido consolidando una interpretación rigorista. No otra conclusión cabe extraer del tratamiento excesivamente casuístico con el que, en la actualidad, el Tribunal aborda la constatación de una posible conculcación del derecho a la imparcialidad judicial consagrado en el art. 6 del Convenio desde la perspectiva objetiva¹⁴⁰. Y para sustentar dicha aseveración nos hacemos eco de la denuncia efectuada por insignes magistrados del propio Tribunal Europeo acerca de la complejidad que muestra la doctrina del mismo en lo concerniente al principio de imparcialidad judicial¹⁴¹, complejidad

pp. 309 y ss, declara que hasta esta sentencia el Tribunal había utilizado un examen objetivo bastante abstracto: se examinaba el sistema judicial desde el punto de vista objetivo, pero de una manera abstracta sin que fuese muy esencial la situación concreta. Sin embargo a partir del caso Hauschildt el Tribunal, aunque parte de un examen objetivo, afirma que no es suficiente sino que es necesario un análisis de la situación concreta.

¹⁴⁰ Sainte Marie vs. Francia, STEDH 16-12-1992, parág. 32; Padovani vs. Italia, STEDH 26-2-1993, parág. 24; Fey vs. Austria, STEDH 24-2-1993, parág. 30; Nortier vs. Países Bajos, STEDH 24-8-1993, parág. 35; Saraiva de Carvalho vs. Portugal, STEDH 22-4-1994, parág. 38 y 39; Bulut vs. Austria, STEDH 22-2-1996, parág. 33; Gregory vs. Reino Unido, STEDH 22-2-1997, parág. 45; Tierce et autres vs. Saint Marin, STEDH 25-7-2000, parág. 73.

¹⁴¹ Vid. la opinión disidente efectuada por el juez Morenilla en el asunto Diennet vs. Francia, STEDH 26-9-1995; así como la mantenida por el juez Meyer en el asunto Bulut vs. Austria, STEDH 22-2-1996, parág. 2, en el que declara que «se puede tener la impresión que nuestra jurisprudencia está falta de coherencia y también de claridad y que, como en otras resoluciones recientes, ésta no contribuye tampoco a disipar la confusión y la incertidumbre», y tras un análisis de las resoluciones más trascendentales respecto al derecho al juez

que imposibilita determinar qué actuaciones o circunstancias a juicio del Tribunal conculcan la imparcialidad judicial.

Parece necesario reseñar el peligro que entraña la técnica de concreción del caso por caso que ha venido empleando el TEDH, precisamente, por la inseguridad jurídica que el mismo procura¹⁴².

El eje en torno al cual giran los conceptos de imparcialidad subjetiva y objetiva que maneja el TEDH es la apariencia de imparcialidad, lo cual, en principio, significó que, no obstante quedar

imparcial concluye, «la Corte se basa en matices muy sutiles, generadores de incertidumbre y de confusión, que no son compatibles con las exigencias de la seguridad jurídica».

¹⁴² En este sentido resulta interesante la apreciación efectuada por el juez Morenilla consignada en el voto disidente que efectúa en el arrêt Bulut vs. Austria, STEDH 22-2-1996. Recueil de arrêts et décisions 1996 II, núm 5, p. 374 que señala «que las circunstancias específicas de un caso concreto no debieran constituir justificación de la excepción al principio consignado en el asunto De Cubber, teniendo en cuenta que el derecho a un tribunal imparcial es un "derecho fundamental" que concierne a la jurisdicción, es decir a la potestad de juzgar. Este derecho es un derecho absoluto en el que la renuncia no es lícita: la composición de un tribunal penal es una cuestión de orden público que no puede quedar al arbitrio de las partes. Hay ciertos derechos procesales a los que se puede reconocer la renuncia siempre que ésta se efectúe de manera inequívoca pero cuando se trata de un derecho fundamental, como es el derecho a un tribunal imparcial, esta renuncia no resulta admisible»; ven este sentido también son significativas las palabras empleadas por el Juez Meyer en el asunto Bulut que advierte como «la jurisprudencia relativa a la noción de un «tribunal imparcial» ha devenido enormemente «incierta», estableciéndose «diferencias demasiado sutiles, generadoras de incertidumbre y de confusión que no resultan compatibles con las exigencias de la seguridad jurídica», y conviene que «en lo concerniente a la imparcialidad de un tribunal nosotros hemos de garantizar las «apariencias» como reiteradamente declaramos en los motivos de nuestras resoluciones, pero tomando simplemente en consideración la realidad del proceso a la luz de lo que nos puede enseñar el buen sentido».

acreditada la imparcialidad subjetiva del juez, podía estimarse conculcado el derecho al juez imparcial atendiendo a si el órgano jurisdiccional ofrecía garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad¹⁴³. Ahora, este mismo argumento se ha utilizado restrictivamente en sentido contrario, esto es, habiendo sido acreditada la parcialidad subjetiva de un miembro integrante del órgano jurisdiccional cabe considerar salvaguardado el derecho al juez imparcial cuando el órgano jurisdiccional hubiese adoptado medidas para enervar los efectos perniciosos de tal falta de imparcialidad.

La imparcialidad, en su vertiente personal, es una cuestión que, en principio se presume hasta que se efectúe prueba en contrario¹⁴⁴. Por el contrario, la imparcialidad objetiva conduce a plantearse si independientemente de la conducta del juez, ciertos hechos o circunstancias verificables objetivamente autorizan a sospechar o a poner en duda la imparcialidad del mismo. El elemento determinante a

¹⁴³ En este sentido BERMÚDEZ OCHOA, «Problemas orgánicos y procesales de la llamada contaminación procesal. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio», op. cit., p. 64, señala que con la alusión al aspecto subjetivo y su distinción del objetivo lo que persigue es declarar que, aún salvada y acreditada la efectiva imparcialidad y ausencia de prejuicios subjetivos, el conjunto de datos objetivos que derivan de la relación anterior con los hechos debatidos, y los elementos orgánicos pueden conformar un impedimento por sí mismo para entender salvaguardada la necesaria imparcialidad, en cuanto ésta tiene una vertiente importante en relación con la apariencia o imagen de tal (no sólo debe hacerse justicia sino parecer que se hace).

¹⁴⁴ Arrêt Padovani vs. Italia, STEDH 26-2-1993, parág.20.

la hora de evaluar la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional consiste en saber si las aprehensiones del interesado pueden resultar objetivamente justificables¹⁴⁵.

Ha constituido una manifestación constante por parte del TEDH, tanto que incluso pudiera llegar a afirmarse que constituye una cláusula de estilo, la afirmación de que en esta materia incluso las apariencias revisten importancia, puesto que en ello va la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable¹⁴⁶.

No obstante, se aduce por parte del Tribunal Europeo que una vez se constate la concurrencia de determinadas circunstancias que pudiesen conculcar la imparcialidad del juez, debe procederse a verificar si los medios empleados por el juez han

¹⁴⁵ Togheir Thogheirson vs Islandia, STEDH 25-2-1992, parág.51; Padovani vs. Italia, STEDH 26-2-1993, parág 27; Saraiva de Carvalho vs. Portugal, STEDH 22-4-1994, parág 35; Remli vs. Francia 23-4-1996, parág. 46; Gautrin vs. Francia, STEDH 20-5-1998, parág 58; Incal vs. Turquía, STEDH 9-6-1998, parág. 71; Morel vs. Francia, STEDH 6-6-2000, parág 42; Rojas Morales vs. Italia, STEDH 16-11-2000, parág. 32.

¹⁴⁶ Cambell et Fell vs. Reino Unido, STEDH 28-6-1984, parág. 85; Piersack vs. Bélgica, STEDH 1-10-1982, parág. 30; Sramek vs. Austria, STEDH 22-10-1984, parág. 42; Belilos vs. Suiza, STEDH 29-4-1988, parág. 67; Hauschildt vs. Dinamarca, STEDH 24-5-1989, parág. 48; Demicoli vs. Malta, STEDH 27-8-1991, parág 40; Borgers vs. Bélgica, STEDH 30-10-1991, parág. 24; Togheir Thogheirson vs. Islandia, STEDH 25-2-1992, parág. 51; Fey vs. Autria, STEDH 24-2-1993, parág. 30; Saraiva de Carvalho vs. Portugal, STEDH 22-4-1994, parág. 35; Findlay vs. Reino Unido, STEDH 25 de Febrero de 1997, parág. 76; Gautrin et autres vs. Francia, STEDH 20-5-1998, parág. 58; Incal vs. Turquía, STEDH 9-6-1998, parág. 71; Buscemi vs. Italia, STEDH 16-9-1999, parág. 67; Garrido Guerrero vs. España, 2-3-2000 (STEDH 115); Academy trading Ltd y otros vs. Grecia (TEDH 119), parág. 45; Morel vs. Francia STEDH 2-6-2000, parág. 42; Rojas Morales vs. Italia, STEDH 16-11-2000, parág. 32.

sido suficientes para excluir toda duda legítima, a fin de preservar la apariencia de imparcialidad del Tribunal¹⁴⁷.

La jurisprudencia del TEDH define la imparcialidad objetiva desde una perspectiva material, en la cual no basta constatar la concurrencia formal de las circunstancias que podrían menoscabar la imparcialidad, sino que requiere una valoración positiva de que dicho menoscabo se ha hecho efectivo. Por el contrario, entendemos que considerar esta excepción como regla está en franca contradicción con la finalidad que pretende alcanzar la norma. Y ello por cuanto que la objetivación de los elementos de hecho capaces de determinar la exclusión de un determinado juez por suscitar sospechas de parcialidad, determina en sí mismo el peligro que se pretende evitar, y en consecuencia no es preciso averiguar si en el caso concreto se ha materializado éste.

Siendo lógico que una instancia supranacional actúe con prudencia para preservar las diversas especialidades orgánicas y estructurales que cualifican cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, y que por consiguiente la jurisprudencia del Tribunal Europeo se limite al establecimiento de mínimos que deben respetar todas las legislaciones, lo cierto es que no objetiva las actuaciones que menoscaban la imparcialidad

¹⁴⁷ Vid avis de la Commission en el asunto Gregory Recueil

judicial.

La objetivación que para nosotros responde a cumplimentar exigencias de seguridad jurídica, se ve empañada por el análisis casuístico que impera en la jurisprudencia del TEDH, de lo cual es prueba evidente las sentencias de Castillo Algar vs España¹⁴⁸, y Garrido Guerrero vs España¹⁴⁹, en cuanto que las circunstancias que pueden abocar a un resultado distinto no derivan de la idiosincrasia del ordenamiento jurídico de referencia, sino que tratándose de la misma actividad y en razón a una idéntica legislación, el TEDH también alcanzó resultados diferentes.

Por esta razón del análisis de la misma no cabe extraer un elenco exacto y preciso de circunstancias que menoscaban la imparcialidad. La jurisprudencia del caso por caso, que en este ámbito realiza el TEDH, como ya hemos señalado se produce en razón a la cautela, deferencia y prudencia que rige su actuación, precisamente porque analiza la adecuación de ordenamientos jurídicos y disposiciones orgánicas muy dispares entre sí. Sin embargo, también en el ámbito de interpretación del Convenio cabría propugnar que la especificación de qué motivos y circunstancias pueden potencialmente menoscabar la

1997, núm. 31, p. 318.

¹⁴⁸ Castillo Algar vs. España, STEDH 28-10-1998, (TEDH 58).

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, «Comentario sobre la STEDH de 2 de marzo de 2000 "Caso Garrido Guerrero contra España". De nuevo sobre la imparcialidad judicial objetiva, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 456, octubre 2000.

imparcialidad judicial, se efectúe con una perspectiva más amplia y garantista de esa apariencia de imparcialidad que como valuarte de la confianza de la sociedad en la Administración de Justicia tantas veces ha exaltado el Tribunal.

LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

CAPITULO II

EXÉGESIS DE LAS CAUSAS SUBJETIVAS QUE POSIBILITAN LA SEPARACION JUDICIAL¹.

Siguiendo la clasificación de causas de recusación que secunda de forma unánime nuestra doctrina cabe distinguir entre causas subjetivas y causas objetivas, según expresen una relación personal entre el juez y alguna de las partes o sus defensores en los límites que expresa la ley, o por

¹ GUTIÉRREZ CAÑAS, *Ensayo sobre la filosofía del procedimiento judicial*, T. I, Valladolid, 1900, hace una interesante alusión a las cualidades que han de reunir los buenos jueces y realiza una magnífica disertación acerca de las cuatro cosas por las que se puede ablandar y enflaquecer el juez y pervertirse el juicio. «Por temor, por codicia, por amor y por odio; Por temor de perder la gracia del privado y del que le puede favorecer, o lo que es más la hacienda, la honra o la vida, por ser muy poderoso aquél contra quien se ha de juzgar. Por codicia o interés temporal, se quiere que los jueces sean enemigos de la avaricia y no tomen dones, porque ciegan los ojos de los sabios y truecan las razones de los justos (...) porque como el que recibe algún beneficio naturalmente queda obligado y deudor de quien lo recibe, claro está que le juez que tomo presentes, se ha de tener por de la parte que se los da y si ambas partes se los dan, que se tendrá por más obligado a la parte que le diese más y mayores, y que movido del apetito natural que tenemos todos de nuestro propio interés, y tomado este vino y dulzura de su aprovechamiento temporal, romperá por todas las leyes y las torcerá a su voluntad; El amor y la afición que el juez tiene al deudor, al amigo, al vecino y conocido suyo; o el odio, aborrecimiento y pasión que tiene a su enemigo o al enemigo de su amigo, estragan también el juicio porque así como es necesario, para gustar y juzgar bien de los sabores, que la lengua esté limpia y no teñida de otro sabor alguno; así para juzgar justamente de la justicia de las partes, es necesario que el juez esté desnudo de cualquier gusto o afición y como el fiel en el peso, sin inclinarse más a una parte que a otra».

el contrario expresen una relación o conexión entre el juez y el objeto del proceso, respectivamente.

De esta forma el primer grupo de causas presumen la inclinación anímica del juez a actuar a favor o en contra de una de las partes que intervienen en el proceso por la relación de mayor o menor proximidad que define la causa de separación.

A su vez dentro de esta categoría y ciñéndonos a la manera en la que se articulan, cabe distinguir entre causas subjetivas concretas u objetivadas, y causas subjetivas de carácter abstracto. Así en primer término la subcategoría de causas objetivadas comprendería todas aquellas causas que se definen por la concurrencia de un hecho concreto y cierto, como ocurre con el vínculo matrimonial, la relación de hecho, relación de parentesco, tener un pleito pendiente o haber sido acusado..., hechos todos ellos que objetivan la existencia del sentimiento de afecto o desafecto que subyace a la causa de separación judicial y le sirve de fundamento. En segundo lugar se aprecian otras causas indeterminadas cuya abstracción se franquea mediante la concreción de hechos de los que es posible inferir el sentimiento que las define pero que no constituyen la relación recusable. Son causas definidas en términos abstractos cuya concreción requiere por un lado acreditar el sustrato fáctico del que inferir el sentimiento, y por otro una valoración acerca de su adecuación para generar el sentimiento que recoge la causa de recusación.

Un segundo grupo estaría integrado por aquellas causas que participan una relación del juez con el objeto del proceso, y que implican la adquisición o la posibilidad de haber obtenido un conocimiento previo de los hechos que comportaría un perjuicio incompatible con un enjuiciamiento ponderado e imparcial.

Las causas objetivas han tenido más repercusión en los estudios doctrinales de los últimos tiempos, por lo que parece adecuado un análisis más detenido de las causas subjetivas. Esto no va a suponer un desconocimiento de las causas objetivas, que también será objeto de estudio sujeto a la advertencia de que el mismo se realizará de una forma más elemental.

I. ANÁLISIS DE LAS RELACIONES FAMILIARES QUE DEFINEN LA RECUSACIÓN.

Dentro de las causas legítimas de recusación que se hallan delimitadas por su carácter subjetivo, se puede distinguir en primer lugar un elenco de motivos que justifican la separación del juez del proceso por mor a la existencia de una relación familiar en general, en la cual el sentimiento de afectividad se presume concurrente *iure et de iure*².

² GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado Académico Forense*

La *ratio essendi* de todos ellos es la necesaria y rigurosa separación que debe mediar entre el juez y las partes que intervienen en el proceso, así como la prohibición de que un sujeto sea al mismo tiempo juez y parte en el proceso³.

Dentro de esta categoría que constituye el objeto de nuestro análisis cabría distinguir a su vez, por la menor o mayor dificultad para acreditar la concurrencia de la causa primordialmente entre: las relaciones familiares que define la existencia de un vínculo legal, como ocurre en el caso del matrimonio y de las relaciones de parentesco; y aquellas otras relaciones interpersonales de traza familiar que, no estando definidas por ningún vínculo jurídico, por su similitud con las anteriores el legislador les ha reconocido los mismos efectos jurídicos en el ámbito de la recusación.

En concreto, y en relación a esta últimas para que una situación de hecho produzca los mismos efectos que una relación jurídica debemos fijar, de

de los *Procedimientos Judiciales*, Madrid, 1861, p. 132, en este sentido precisaba «frecuente es reputar como propia la causa de personas tan íntimamente unidas con los vínculos de la sangre o alianzas; frecuente es también que los pleitos que se ganen o pierdan afecten más o menos inmediatamente a la fortuna de los parientes constituidos dentro del grado referido. No tienen pues la imparcialidad necesaria, ni aunque la tuvieran inspirarían confianza a los litigantes, lo que cedería en desdoro de la Administración de Justicia».

³ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la LECrim*. T. I, Madrid, 1923-24, p. 377, fundamenta la inclusión de dicho motivo en «el influjo que los vínculos derivados del parentesco pueden tener en las determinaciones del juicio del que ha de conocer del asunto,

manera inequívoca, cuál es el perfil de ésta con el que ha de guardar correspondencia la situación fáctica. Así en relación a las uniones de hecho, paradigma de situación fáctica a la que le es reconocido alguno de los efectos jurídicos que se atribuyen al matrimonio, habrá que determinar cuáles son los requisitos que la definen como relación recusable.

En primer término cabría argüir que el parámetro de equiparación que ha seguido el legislador al incluir la relación de hecho entre las causas de recusación ha sido la específica naturaleza del vínculo afectivo, que presume el matrimonio y que define la relación fáctica, y que es en realidad el verdadero motivo que justifica la separación del juez en quien concurre. Ahora bien los hechos constitutivos de una y otra relación no son idénticos, por lo que una vez hayamos establecido la diferencia de la que parten ambas realidades jurídicas, procederemos a establecer los elementos que las identifican.

La primera categoría, tiene como hecho configurador la existencia de un vínculo jurídico, que puede ser conyugal o de parentesco, pero no queda conformada por la relación afectiva que se presume existente *iure et de iure*. Por consiguiente, la inexistencia de la relación personal afectiva no se perfila como un hecho excluyente. En ningún caso,

o en los dictados de su conciencia y en su imparcialidad»,

esta circunstancia, podrá configurar causa de oposición que permita enervar la eficacia procesal que la existencia del vínculo jurídico familiar comporta.

Por el contrario, en las «relaciones familiares de hecho», el hecho constitutivo que la define no es un vínculo jurídico, precisamente el carácter aformal que las caracteriza determina su ausencia, sino la concurrencia de un conjunto de hechos que certifican el desarrollo de una relación interpersonal, cualificada por la «*affectio maritalis*» y por la convivencia estable.

Dentro de esta subcategoría cabe apreciar la relación de hecho asimilable al matrimonio, que aparece expresamente detallada dentro del elenco de causas de recusación, y la relación que denominaremos «relación de afinidad de hecho», en atención a la analogía que guarda con la relación de parentesco por afinidad. Relación ésta, que pese a no estar contemplada dentro de las causas de recusación tasadas, por las razones que expondremos más adelante, consideramos procedente su inclusión.

Ya hemos visto que dentro de las relaciones familiares previstas como relación recusable, se atisba una primera categoría cuyos extremos aparecen definidos legalmente y entre las que se encuentra el vínculo del matrimonio, por un lado, y el parentesco de consanguinidad y afinidad por otro.

1. EL VÍNCULO MATRIMONIAL.

El vínculo matrimonial entre el juez y cualquiera de las partes se incluye por vez primera dentro del elenco de causas legítimas de abstención y recusación judicial con la LOPJ 6/1985 de 1 de julio, dando cuerpo normativo a una apreciación unánimemente esgrimida por la doctrina, según la cual dicho vínculo jurídico, a pesar de su preterición legal, debía estimarse incluido entre las relaciones de parentesco por afinidad⁴.

La mencionada omisión legislativa, como pone de manifiesto ARIAS DOMÍNGUEZ, pudiera encontrar su justificación en el hecho de que «en la realidad práctica raramente podía llegar a darse la relación recusable de matrimonio entre el Juez varón y su mujer pleiteante»⁵, precisamente, porque la mujer, por un lado, tenía vedado el acceso a la carrera

⁴ En efecto, pese a la literalidad de la LEC de 1881, en su art 189.1 y la LECrim de 1882 en el art 54.1 que sólo contemplaban como causa de abstención y recusación el parentesco de consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil, la doctrina estimó que «la afinidad comprende a fortiori al cónyuge». GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882*, Barcelona, 1947, p. 31; PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Madrid, 1952, p. 324; GUASP DELGADO, *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, p. 589; SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, vol. II, T. IV, Madrid, 1968, p. 183.

⁵ Cfr. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid, 1999, p. 106.

judicial, y por otro, porque en el ámbito civil su capacidad de obrar estaba limitada. Tal razonamiento válido en lo que concierne al proceso civil, en absoluto justifica que también la LECrim omitiese toda referencia al vínculo matrimonial como relación recusable, por cuanto que en este ámbito no existía limitación alguna a la capacidad procesal de la mujer para intervenir como sujeto activo o pasivo del proceso penal.

En todo caso, la doctrina de forma unánime estimó que el vínculo matrimonial tenía peso específico como circunstancia cualificadora de recusación, y por mor del argumento *a minoris ad maius* lo consideró incluido, de forma implícita, en la relación de afinidad.

En efecto, la contemplación de la relación de afinidad dentro del elenco de causas de recusación comportaba un reconocimiento legal de legitimidad a la sospecha de parcialidad en tal caso, e implícitamente confería legitimidad cuando ésta se cernía a una relación que se entablaba no ya a través del cónyuge, sino con el cónyuge mismo⁶.

El vínculo matrimonial a que se refiere la norma es entendido como un negocio jurídico, esto es como un acuerdo entre un hombre y una mujer cuyo contenido consiste en crear una relación jurídica entre ellos con un contenido que viene impuesto de

⁶ Cfr. PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho...* op. cit, p.

forma imperativa y que comprende unos derechos y obligaciones recíprocos⁷. Se trata de una unión o comunidad de vida que se proyecta, en principio, con carácter permanente o indefinido, si bien ello no impide que, después, se pueda frustrar y se produzca su disolución⁸.

Resulta reseñable por las consecuencias que de ello se pudiera extraer que esta causa de recusación se conforma por el matrimonio celebrado conforme a lo prescrito en la ley, en este sentido, el formalismo se superpone a la *affectio* por razones de certidumbre y ritualización, de manera que cabe esgrimir que, en esencia es un acto jurídico cuya característica reside en que los contrayentes se limitan a constituir el presupuesto al que la ley, no ellas, predispone los efectos jurídicos que le son propios⁹.

Ciertamente no cabe efectuar ninguna objeción a la inclusión del vínculo matrimonial dentro de las causas de recusación, pero quizá dada la contundencia e intensidad de los sentimientos que

120.

⁷ MORO ALMARAZ y SÁNCHEZ CID, *Lecciones de Derecho de Familia*, Salamanca, 2002, p. 63, definen el matrimonio como «la unión estable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida».

⁸ Definido como «la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia», DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 8ª ed., Madrid, 2001, p. 62.

⁹ Cfr. DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 63.

expresa este vínculo cabría censurar su imprevisión legal como causa de exclusión judicial, con el sometimiento al consiguiente régimen de nulidad de actuaciones que el mismo comporta, tal y como tendremos ocasión de analizar más adelante.

A) ¿ES LA PERMANENCIA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL HECHO CONFORMADOR DE ESTA CAUSA DE RECUSACIÓN?

La regulación actual, si bien hace expresa referencia al vínculo matrimonial que se entable entre el juez con cualquiera de las partes, el Ministerio Fiscal, Letrado y Procurador de las partes, no contempla especificación adicional alguna que permita cernir su interpretación de una forma exclusiva al vínculo actual.

La imprecisión legislativa sobre dicho extremo ha motivado que surjan diversas interpretaciones en torno al alcance de este precepto. Concretamente, en lo que respecta a si hace referencia al vínculo matrimonial actual, o si por el contrario permite una interpretación flexible que posibilite la inclusión de aquellos supuestos en los que la relación jurídica matrimonial ha sufrido alguna transformación por mediar separación, nulidad o divorcio.

En relación a la primera situación que en el ámbito de la crisis matrimonial cabe apreciar, la separación del matrimonio, parece incuestionable

que, tanto si es de hecho como de derecho, quedaría amparada por el tenor literal de la expresión legal «vínculo matrimonial», sin necesidad de tener que acudir a una interpretación extensiva o analógica para su inclusión. Efectivamente, la sentencia constitutiva de separación en ningún caso produce la extinción del vínculo jurídico del matrimonio, ya que solamente provoca una modificación de los derechos y obligaciones que el mismo origina¹⁰.

Por todo ello la controversia respecto al alcance material de la relación recusable que comprende esta causa quedaría circunscrita a los supuestos de nulidad y divorcio, en los que verdaderamente deja de existir el vínculo matrimonial.

Pese a que no se trata de una misma realidad jurídica, puesto que la sentencia que acuerda la nulidad parte de la ficción legal de que el matrimonio nunca ha existido, y el divorcio produce la extinción de un matrimonio que ha existido y producido todos sus efectos, entendemos que se debe propiciar una misma y única solución para uno y otro supuesto.

¹⁰ «La separación es definida como aquella situación del matrimonio, en la que subsistiendo el vínculo matrimonial, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones». Vid. LACRUZ BERDEJO, *Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, p. 508; REINA y MARTINELL, *Curso de Derecho Matrimonial*, Madrid, 1995, p. 591.

El sentimiento subyacente a la situación de crisis matrimonial que puede ser de afecto o desafecto, es en realidad el valuarte legitimador de la sospecha que planea sobre la imparcialidad del juez, por el cual la misma adquiere tintes de razonabilidad, y éste no difiere en uno u otro caso.

Una vez hecha esta advertencia cabe señalar que la doctrina mayoritaria, haciendo invocación del tradicional brocardo «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus», llega a la conclusión de que si el legislador hubiera querido admitir excepciones exigiendo que el vínculo matrimonial fuese actual, habría dispuesto sin duda alguna las salvedades oportunas en vez de expresarse en términos tan generales. Consecuentemente, propone una comprometida interpretación del precepto que incluya en su ámbito de aplicación el vínculo jurídico extinto¹¹.

¹¹ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios....op. cit.*, p. 31; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal Civil*, T. I, Madrid, 1991, p. 394, entiende que al no exigir que se trate de un vínculo matrimonial o parentesco actuales permitiría sostener que el vínculo matrimonial o el parentesco puede ser relevante, para la abstención o recusación, en caso de divorcio vincular civil; GUTIÉRREZ CARBONELL, *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria: doctrina y jurisprudencia*, T. I, Dirig. Conde-Pumpido, Madrid, 1998, p. 414, considera que «la literalidad de la redacción vigente consiente la inteligencia de que están incluidos los matrimonios anteriores, pero de no ser así, por una interpretación extensiva permisible, se llegaría a igual solución»; PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, 1998, p. 54; FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico*, T. II, Madrid, 1992, p.18; SANTOS VIJANDE, «Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)», *La Ley*, núm 4719, 1999, p. 3.

Sin embargo, si nos atenemos a la configuración de nuestro sistema recusatorio, no es posible alcanzar esta conclusión, precisamente porque el mismo se expresa en términos excluyentes. El carácter de excepcionalidad que se descubre en la ordenación del régimen jurídico de recusación solamente es cohonestable con la taxatividad y la interpretación restrictiva.

Ello significa que por un lado, no podrá ser considerado como motivo de recusación ninguna circunstancia que no venga dispuesta de forma expresa y específica en la ley; y por otro, que toda interpretación que se haga de las causas recusatorias debe hacerse de una forma restrictiva.

No obstante lo anterior, cabe apreciar una incipiente corriente doctrinal que, desde una perspectiva teleológica y garantista de la imparcialidad de jueces y magistrados, aboga por posibilitar una interpretación más flexible de las causas de recusación. Algunos inclusive llegan a admitir la interpretación analógica¹², por estimarla

¹² Vid. PRIETO CASTRO, *Derecho de los Tribunales*, Madrid, 1986, p. 278, entiende que tanto en el caso de separación como en el divorcio y nulidad, por analogía, se ha de estimar que son causas de recusación por parentesco por entrar en el concepto de afección y desafección respectivamente para una u otra parte; CALVO SÁNCHEZ, «La recusación de los jueces y magistrados (II)», *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1989, p. 69-70, también se muestra favorable a una interpretación teleológica del precepto a fin de contemplar dentro del mismo a los matrimonios anteriores ahora disueltos, en atención a las dudas que pueden generar sobre la imparcialidad del juez, sin embargo señala que el legislador perdió la oportunidad de contemplar estos supuestos y que en la actualidad la situación de parentesco entre el juez o magistrado

más acorde con la finalidad pretendida por el instituto de la abstención y recusación¹³.

Ciertamente, la comprensión del vínculo matrimonial extinguido dentro del elenco de las causas de recusación, más que actuar como una garantía para cualquiera de las partes frente al perjuicio que pudiera deparar su concurrencia, encontraría justificación como garantía de la apariencias de imparcialidad en la actuación jurisdiccional, que podría verse menoscabada no obstante la fidelidad de la actuación judicial a la norma aplicable al caso¹⁴.

Se trataría de evitar que cualquier tercero ajeno a la relación procesal pudiera, de forma razonable, cuestionar el sentido del fallo, e

queda reducida al parentesco actual.

¹³ En contra de esta tendencia garantista la enmienda núm 200 del Grupo Socialista al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil propuso que el art 98.1 fuere redactado con el siguiente contenido «el vínculo matrimonial o relación de pareja estable, siempre que no se haya producido su separación de hecho o de derecho...».

¹⁴ Ciertamente la parte que hubiere estado unida al juez o magistrado por vínculo matrimonial, que duda cabe, podrá verse perjudicada cuando las relaciones que medien entre ellos vengán cualificadas por la tirantez de la relación, pero este supuesto no parece que haya mucha dificultad en comprenderlo como hecho configurador de la causa de recusación de la enemistad manifiesta. Más dificultad de encaje y sobre todo de prueba presenta la situación contraria, esto es la relación de cordialidad y afecto entre los ex-cónyuges. Porque si ya es difícil inferir la existencia de una relación afectiva, de la separación, divorcio o nulidad, que son situaciones jurídicas todas ellas que expresan un contenido negativo, más lo es deducir el grado de intimidad que requiere la adjetivación de la amistad. Sin embargo, la efectiva concurrencia de esa relación cordial entre quienes hubieren estado ligados por un vínculo matrimonial si podría menoscabar la imparcialidad del juez en perjuicio de la

inclusive considerar que dicho fallo se subordina a otros fundamentos, diversos a los razonamientos jurídicos y a los hechos aducidos por las partes que hubiesen sido declarados probados¹⁵.

Por tanto cabría concluir que el afianzamiento de la legitimidad del quehacer jurisdiccional constituye una perspectiva de la imparcialidad que nos permite respaldar la inclusión de la circunstancia que aquí se contempla.

Por otra parte esta interpretación permite prescindir del contenido afectivo perceptible que pudiera subyacer a la relación ex-matrimonio, con lo que se logra objetivar la concurrencia de un sentimiento del que razonablemente se puede inferir una duda respecto a los motivos que justifican el sentido de la resolución judicial.

Para finalizar, el análisis del ámbito material de esta causa restaría, plantear la posibilidad de

otra parte.

¹⁵ JIMÉNEZ ASEÑO, *Derecho Procesal Penal I*, Madrid, p. 288, tomando en consideración esta faceta de la imparcialidad declara que «el juez no sólo ha de ser justo sino parecerlo, puesto que la justicia no sólo es valor en sí misma sino una estimación personal que provoca en aquellos que la demandan una plena adhesión espiritual a sus determinaciones o, al menos, con las condiciones en que aquella se produjo(...) en nuestra pasión de beligerantes de la contienda judicial, nos mostramos propicios a recelar primero y a negar después, al juez que se encuentra afectado por alguna causa natural de recusación, no ya un justificado margen de confianza en su probidad profesional, capaz de imperar sobre aquellas afecciones, sino incluso la natural capacidad o buena fe resolutive cuando no somos los favorecidos por él. De aquí que una justicia que pueda ponerse en entredicho por apariencias personales, sea una justicia imperfecta que se debe a todo trance evitar».

extender el ámbito de comprensión de este motivo de recusación a la promesa de matrimonio entre el juez y una de las partes, sin duda alguna en atención al carácter de intimidad que conlleva la relación existente entre dos personas que van a contraer matrimonio. Sin embargo, como acertadamente puso de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, esta circunstancia parece tener una preferente ubicación en la causa 8ª en cuanto que en sí misma revela el carácter de intimidad que, necesariamente, ha de cualificar la relación de amistad para que sea una relación susceptible de justificar la recusación del juez, y al mismo tiempo exige el carácter de actualidad exigida en su configuración.

B) ÁMBITO SUBJETIVO.

El vínculo matrimonial previsto como causa de separación del juez en el conocimiento del proceso se contrae por un lado, a aquél que vincula al juez con cualquiera de las partes (art. 219.1 LOPJ), y por otro lado, a aquél que vincula al juez con los abogados y procuradores de las mismas (art. 219.2 LOPJ).

B.1) CON LAS PARTES.

La previsión legal alcanza tanto a las partes materiales como a las partes en sentido formal.

La dificultad que supone este precepto viene dada, precisamente porque en el ámbito del proceso penal «forman parte del juicio y de la decisión, intereses y derechos cuyos titulares no necesitan intervenir como partes en la causa»¹⁶.

En efecto, tanto el ofendido como el perjudicado por el delito no adquieren la cualidad de parte si no se personan en el proceso penal. Por ello, y como salvaguarda de la perversión que supondría que el juez estuviere unido por vínculo matrimonial con el ofendido o perjudicado por el delito que ha de enjuiciar, la doctrina ha entendido aplicable a este supuesto la causa novena «tener interés directo o indirecto en el pleito o causa».

Esta solución no nos parece de todo punto acertada porque si bien es incuestionable que el vínculo matrimonial entre el juez y el ofendido o perjudicado por el delito, se haya o no constituido en parte, debe configurar la relación recusable, el derecho a la separación del juez debería basarse en el vínculo matrimonial con la extensión que ha sido defendida, y por tanto con independencia de que éste fuese actual o se hubiere extinguido, en cuanto que objetiva la existencia de un sentimiento intenso *iure et de iure* que resulta muy difícil de acreditar.

¹⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Madrid, 1987, p. 53.

Asimismo, se ha previsto como relación recusable el vínculo matrimonial que se entable entre el juez y el Ministerio Fiscal. Esta inclusión se establece sin perjuicio de la vigencia de la causa genérica de incompatibilidad prevista en el art. 392.2 LOPJ, así como de su configuración como causa de abstención del Ministerio Fiscal¹⁷.

La diversidad de efectos legales que se han dispuesto para la misma circunstancia compele el establecimiento de un orden de prelación entre aquéllas. Siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA en la determinación de una aplicación preferencial cuando se produzca esta situación parece más adecuado primar la abstención del Ministerio fiscal por la menor complicación que, en términos de economía procesal, dicha opción conlleva. Subsidiariamente, dado que «a los órganos jurisdiccionales no les corresponde considerar la regularidad en el cumplimiento del deber de abstención del Ministerio Fiscal»¹⁸, ni a las partes les corresponde recusar al

¹⁷ De conformidad con el art. 28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ley 50/1981, de 30 de Diciembre, cuando concurra alguna de las causas establecidas para la abstención de jueces y magistrados en los miembros del Ministerio fiscal, las partes pueden acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate interesando que se ordene su no intervención en el proceso, pero no se articula un derecho de recusación.

¹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, «Sobre la irrecusabilidad del Ministerio fiscal», *Revista de Derecho procesal*, 1979, pp. 601 y ss, precisamente, señala el absurdo en el que incurre nuestro sistema al permitir al Ministerio Fiscal recusar al juez por la misma causa por la que la ley le obliga a él a abstenerse. Y establece para el supuesto de que concurra una circunstancia que al mismo tiempo que integra causa de recusación judicial constituye causa de abstención del Ministerio Fiscal deberá la primacía de la de

Ministerio Fiscal debido a su carácter «partial», procedería el derecho a recusar al juez que se halle en dicha circunstancia.

B.2) CON LOS ABOGADOS O PROCURADORES.

La LOPJ al prevenir el vínculo matrimonial entre el juez y los letrados o procuradores de las partes como causa de recusación pone fin a la polémica que suscitó la omisión legal de estos últimos, y que fue resuelta jurisprudencialmente en sentido afirmativo¹⁹.

Sin embargo, la utilización del término «letrado»²⁰, que constituye un término amplio e indefinido, a cuyo amparo fue posible la inclusión de la figura de los procuradores en el ámbito de comprensión de la norma, una vez se hace expresa referencia a éstos últimos suscita cierta vacilación respecto a la precisión de los concretos límites a los que se ciñe esta causa de recusación.

Por todo ello es preciso matizar dos diversas cuestiones que surgen en torno a esta causa: por un

este último para hacer innecesaria la de aquél.

¹⁹ SAEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de derecho procesal...*, op. cit, p. 183, que citan al respecto las Sentencias del TS de 29 de Marzo de 1901 y 1 de Diciembre de 1906.

²⁰ CALVO SÁNCHEZ, «La abstención de los jueces y magistrados (I)», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm 1, Madrid, 1988, p. 82, critica la utilización de este término por cuanto supone apartarse de la línea mantenida en la reforma a

lado, establecer de forma clara el perfil subjetivo de la misma, y por otro, contemplar el orden de aplicación entre ésta y la prohibición que para los abogados y procuradores establece la LOPJ de forma genérica y su respectivo Estatuto orgánico de forma específica.

En lo que concierne a la primera de las cuestiones apuntadas, cabe reseñar que el término letrado empleado en la definición de esta causa es un término más amplio que el de abogado. Así, mientras que éste último concepto limita su comprensión a quienes, «incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados»²¹, el término de Letrado extiende su comprensión también al licenciado en derecho.

Por consiguiente, ateniéndonos al estricto significado del término cabe plantearse sí, dentro del ámbito de comprensión de la causa, se puede estimar incluida la relación matrimonial del juez con aquél que en calidad de licenciado en derecho hubiere asesorado a cualquiera de las partes con carácter previo al proceso.

la LEC 34/ 1984.

²¹ Art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía RD 658/2001, de 22 junio (RCL 1679).

La expresión «que intervengan en el pleito o causa» zanjaría esta polémica a favor de su sentido más restringido, si entendemos que la acotación que lleva a cabo la misma va referida a la figura del letrado y del procurador. Sin embargo, la ausencia de una coma previa parece sugerir que son «las partes» y no aquéllos, el sujeto al que va referido esta expresión, por tanto no se podría descartar *a priori* que el vínculo matrimonial que relacione al juez competente con el licenciado en derecho que hubiese asesorado previamente a la parte que interviene en el proceso, sea circunstancia integradora de esta causa de recusación²².

Ahora bien, a pesar de que conforme con el tenor del precepto es admisible la extensión subjetiva de la causa, la doctrina mayoritaria apegada a la interpretación tradicional estima limitada su comprensión al abogado y al procurador que, en tal concepto, intervienen en el proceso²³

Distinta es la cuestión que suscita la hermenéutica de este precepto en orden a si tal

²² La STC 14-1-1997 (RTC 7/1997), precisamente acordó la nulidad de actuaciones por haber intervenido un magistrado que era hermano del jefe de la Asesoría Jurídica de la Comunidad Autónoma que intervenía en calidad de parte en el pleito.

²³ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios.... op. cit.*, p. 31, para quien no basta que el pariente del juez haya representado o dirigido a la parte anteriormente, si sustituido por otro, ya no desempeña en la causa tal cometido. Tampoco es bastante que, aun en su calidad de abogado, haya dado su dictamen o parecer, o lo siga dando, a la parte, fuera del proceso; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Madrid, 1891, p. 685.

previsión debe hacerse extensiva a los representantes de las partes que, como equivalente a letrado y a procurador, se contemplan en otros órdenes jurisdiccionales. Concretamente, en el orden jurisdiccional social, la remisión que hace la LPL 2/1995 en su art. 15 a lo dispuesto en el art. 219 LOPJ debiera recoger la especialidad que en materia de representación dispone la misma²⁴.

En el procedimiento laboral, las partes pueden conferir su representación a procurador, graduado social o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Por consiguiente, en el caso de conferir representación a estos últimos también debiera estimarse que la relación familiar que se entable entre el juez y cualquiera de ellos permite configurar esta causa de recusación²⁵.

El fundamento que subyace a la previsión del vínculo matrimonial con los abogados o procuradores de las partes está en evitar que dicha relación constituya un elemento más en la formación del

²⁴ Cfr. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Dirig. Albacar López, Madrid, 1994, p.1049.

²⁵ GOERLICH PESET, *Comentario a la ley de procedimiento laboral*, T. I, dirigida por Moreneo Pérez; Moreno Vida; Gallego Morales, Granada, 2001, p. 170, considera extensiva esta norma a los graduados sociales; del mismo modo VILLAR DEL MORAL, *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso ordinario laboral, en los recursos y en la ejecución*, Granada, 2001, p. 38.

juicio jurisdiccional²⁶. Todo juicio esta determinado en cierta forma por el contexto personal en el que se halla inmerso el juez y las concretas condiciones del caso concreto, por ello el ordenamiento ha arbitrado mecanismos para evitar que determinadas circunstancias, concretamente la relación afectiva que se presume subyacente al vínculo matrimonial, pueda actuar como elemento perfilador del sentido de la resolución que se adopta en el proceso.

En lo que concierne a la segunda de las cuestiones planteadas, cabe señalar que la previsión del vínculo matrimonial entre juez y abogado o procurador como causa de recusación, resulta plenamente compatible con el establecimiento de dicha circunstancia como causa genérica de incompatibilidad judicial en el art. 393.1 LOPJ, la cual imposibilita el desempeño del cargo de juez o magistrado en el órgano jurisdiccional donde ejerza habitualmente como abogado o procurador el cónyuge o pariente de segundo grado por consanguinidad o afinidad. Esta incompatibilidad no es aplicable en aquellas poblaciones donde existan diez o más Juzgados o Salas con tres o más Secciones²⁷.

²⁶ Superada la perspectiva silogística del enjuiciamiento judicial, parece haberse impuesto la teoría de la interacción de juicios lógicos, el históricos y de valor. Para un estudio pormenorizado de los diversos elementos que integran el juicio jurisdiccional, Vid por todos RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978, pp 177-186; SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 63 y ss.

²⁷ Dada la habilitación única que contempla el Estatuto General de la Abogacía, RD 658/ 2001, según se desprende de lo establecido en el art. 11 y 17.2 basta la incorporación al

Asimismo, no existe nada que obste a su consideración conjunta como una causa de incompatibilidad específica, que para cada uno de estos profesionales prevén sus respectivos estatutos²⁸.

En primer término, los mismos razonamientos que fueron esgrimidos en defensa de una aplicación preferente del vínculo matrimonial entre el juez y el Ministerio Fiscal como causa configuradora de la abstención de este último antes que como causa de recusación judicial²⁹, podrían ser reproducidos al proceder a la gradación cuando el vínculo matrimonial se entabla entre el juez y otros profesionales que intervienen en el desarrollo del

colegio del domicilio profesional principal para ejercer en todo el ámbito nacional sin que para ejercer en cualquier otro ámbito le sea exigible habilitación alguna, debiera concretarse de forma más precisa el concepto indeterminado que supone el ejercicio habitual.

²⁸ De conformidad con el RD 658/2001, 22 junio (RCL 1679) el nuevo Estatuto general de la abogacía declara dentro del cuadro de incompatibilidades en el art. 24 «El ejercicio de la abogacía es también incompatible con la intervención ante aquellos organismos jurisdiccionales en que figuren como funcionarios o contratados el cónyuge, el conviviente permanente con análoga relación de afectividad o los parientes del abogado, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad. 2. El abogado a quien afecte tal incompatibilidad deberá abstenerse de la defensa que en tales asuntos le haya podido ser encomendada. Dicha obligación de abstención se entiende sin perjuicio del derecho de recusación que pueda asistir al litigante contrario». Por su parte el RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los tribunales, BOE 21-12-2002, en el art. 27.1 dispone un deber de abstención del Procurador en cuanto declara: «el Procurador se abstendrá de ejercer su profesión en el órgano judicial donde desempeñe la función de Magistrado o Juez competente, el cónyuge o persona que con el conviva en relación asimilable, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad».

proceso, a los que del mismo modo se les impone el deber de abstención.

Por ello consideramos que también en este caso, debe primar el deber de abstención impuesto a los abogados y procuradores a los que se les prohíbe intervenir en la defensa de asuntos ante órganos jurisdiccionales en los que ejercen potestad jurisdiccional los jueces o magistrados con los que mantienen vínculos familiares, que de conformidad con el art. 219 de la LOPJ posibilitan la recusación del juez³⁰. Subsiguientemente, para el caso de que el letrado o el procurador no se hubiere abstenido, la garantía del derecho al juez imparcial debe posibilitar la separación del juez en quien dicha circunstancia concurre mediante el ejercicio de la recusación.

²⁹ Cfr. los argumentos reseñados en la p. 122.

³⁰ MANRESA Y NAVARRO, *Ley de Enjuiciamiento*.... op. cit., p. 684, que recoge el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1862 en el que se previene «habiendo llegado a conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia que en algún Juzgado de primera instancia los hijos de los Jueces ejercían la abogacía, absteniéndose el padre de conocer como Juez en los negocios en que intervenía el hijo como abogado, contra lo dispuesto en la Ley 7ª, Título 22, Libro 5º de la Novísima Recopilación, por la cual se previene que en las Audiencias ninguno pueda ser abogado, *directe ni indirecte*, en causa alguna en que su padre, hijo, yerno o suegro fuesen jueces, y que además en los demás juzgados en los que hubiere un solo Juez, no puede abogar de manera alguna, padre, ni hijo, ni yerno, ni hermano, ni cuñado de tal juez (...) teniendo entendido que no son los jueces y magistrados los que tienen que abstenerse en tales casos, sino los letrados, a quienes esta prohibido, y no debe, por tanto permitírseles el ejercicio de la abogacía en los asuntos en que deban conocer como jueces sus padres o cualquiera otro de los parientes expresados en dicha ley recopilada».

2. PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD.

A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

La relación de parentesco por consanguinidad es entendida como el vínculo de sangre que une a las personas que proceden de un mismo tronco³¹.

Tal previsión normativa permite objetivar la existencia de una relación personal de carácter intenso e íntimo, *iure et de iure*³², que justifica la separación del juez que conozca de un proceso.

Al igual que ocurría con el vínculo matrimonial, para apreciar concurrente esta causa de recusación basta acreditar la existencia del vínculo de parentesco del juez, con cualquiera de las partes, o con los abogados y los representantes de

³¹ Tronco, «es la persona base, de la que descienden, por generación carnal, mediata o inmediata, las personas de cuyo parentesco se trate» tal y como manifiesta DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho de familia*, Madrid, 1999, p. 330; ROCA I TRIAS *Derecho de familia*, 3ª ed, Valencia, 1997, p. 26; MORO ALMARAZ y SÁNCHEZ CID, *Lecciones de derecho de familia*, op. cit., p. 48 define la relación de parentesco consanguíneo como «la cualidad recíprocamente atribuida a dos personas que están ligadas entre sí, o la relación o vínculo que surge entre dos o más personas, por la existencia de un ascendiente común»; HERRERA CAMPOS, *Curso de Derecho Civil*, vol. I, Valencia, 2002, p. 115, declara que es «el que se produce entre aquellos que biológicamente descienden unos de otros o bien tienen un tronco común».

³² Este carácter de intimidad esta insito en la propia definición de parentesco consanguíneo en cuanto «vínculo de sangre que une a las personas, es decir las personas son parientes consanguíneos unas de otras porque llevan la misma sangre», vid. ALBADALEJO, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, 8ª ed., Barcelona, 1997, p. 10.

éstas en los grados que previene la norma³³.

De nuevo se observa una objetivación de las causas de recusación que procuran la separación del juez en el conocimiento del proceso, de manera que la efectividad de la norma es absolutamente independiente de la proximidad afectiva que presume el parentesco, e inclusive, a pesar de que se acredite su inexistencia.

B) DIVERSIFICACIÓN DE GRADO EN LA DEFINICIÓN DE LA RELACIÓN RECUSABLE.

El legislador a la hora de perfilar la relación familiar que, definida por un vínculo de parentesco, configura esta causa de recusación, ha establecido una distinta graduación según la posición procesal que ostente la persona con la que se entabla el vínculo parental. Así, dispone un espectro subjetivo más amplio cuando el parentesco se entabla entre el juez y las partes que cuando la relación se entabla con los abogados y procuradores de éstas.

De esta forma, en el primer apartado dispone la

³³ ROCA I TRIAS, *Derecho de familia*....op. cit, p. 26 que pone de manifiesto que el parentesco no tiene efectos jurídicos por sí mismo sino en tanto la ley lo toma como parámetro y le atribuye los efectos que en cada caso considere conveniente atribuir; hay que tener en cuenta como señala LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de familia*, y otros, Barcelona, 1997, p. 36, que «por razones de intensidad en el vínculo, el Derecho no pone límites al parentesco en línea recta descendente y ascendente; en la colateral, el límite más

relación parentesco consanguíneo dentro del cuarto grado cuando el parentesco se entabla con cualquiera de las partes³⁴, y lo reduce al segundo grado cuando se refiere a los abogados o procuradores de cualquiera de ellas³⁵.

La razón de ser de éste diverso alcance se halla en el entendimiento de que la parte, por lógica tiene un interés mayor que el de su abogado o procurador en que el juez resuelva a su favor, por lo el grado de presión que pretenda ejercer será también de mayor intensidad. Por ello, consecuentemente el grado de prevención que disponga también debe ser más amplio³⁶.

Esta prevención sin embargo no puede hacerse extensiva al Ministerio Fiscal cuya actuación esta sometida a los principios de legalidad e imparcialidad³⁷. Por ello, quizá fuera deseable que

característico del actual Derecho civil español está fijado en el cuarto grado».

³⁴ Vid art. 219.1 LOPJ.

³⁵ Vid art. 219.2 LOPJ.

³⁶ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...* op. cit., p. 378.

³⁷ En este sentido VEGAS TORRES, *Derecho Procesal. Introducción. Conforme a la ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, y otros*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 195, manifiesta que lo único que significa la exigencia de imparcialidad referida a la actuación del Ministerio fiscal es que «a la hora de fijar la posición que vaya adoptar en cada proceso en que intervenga, debe hacerlo atendiendo exclusivamente a lo que estime procedente para defender mejor la legalidad y el interés público o social que esté en juego y sin tener en cuenta las circunstancias o intereses particulares de los demás sujetos procesales»; MORENO CATENA, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2000, p. 204, considera que la vigencia del principio de imparcialidad «supone la ausencia de implicación directa o indirecta del funcionario del Ministerio Fiscal en el caso

el grado de parentesco que relaciona al miembro del Ministerio fiscal con el juez y que posibilita la recusación de este último se viera reducido al segundo grado de conformidad con la incompatibilidad orgánica que previene el art. 392.2 LOPJ³⁸.

C) PROPUESTA DE LIMITACIÓN DEL GRADO RECUSABLE EN LA LÍNEA COLATERAL.

Tradicionalmente la causa de recusación que delimita la relación de parentesco por consanguinidad entre el juez y las partes o los abogados de éstas, no ha establecido precisión o matización alguna que permitiese partir de la diferencia existente entre las dos diversas clases de parentesco por consanguinidad existentes.

En efecto, el vínculo jurídico de consanguinidad nunca ha plasmado la distinta configuración que existe entre la consanguinidad en línea recta y la colateral. Por el contrario, al perfilar el alcance de la relación de parentesco que en uno y otro supuesto debía conformar la causa de recusación, siempre se dispuso el mismo grado.

El parentesco por consanguinidad presenta dos

concreto que debe actuar».

³⁸ En contra SANTOS VIJANDE, «Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)». *La ley*, núm. 4719, 1999, p. 3, para quien es razonable que exista una diversa exigencia de grado porque, el deber de abstención en un concreto litigio debe ser más riguroso que las exigencias establecidas de modo genérico

diversas modalidades: por un lado, el parentesco en línea recta que es la relación de parentesco que se entabla entre personas que descienden unas de otras, y por otro el parentesco colateral que es aquella relación de parentesco que atañe a las personas que proceden de un tronco común.

En la relación de consanguinidad en línea recta el grado se establece por la distancia que hay entre las personas que se hallan engendradas entre sí. Por tanto, el cuarto grado, que refiere el precepto, equivaldría a bisabuelo y bisnieto entre los grados más alejados entre sí.

Distinta es la computación del parentesco consanguíneo en la línea colateral, en la que el grado de parentesco en el que se hallan dos personas entre sí, se obtiene sumando los grados que hay en las dos líneas rectas que van desde cada una de ellas al antepasado común. Según el cómputo civil que establece el art 919 CC, la relación recusable delimitada por el cuarto grado comprendería a los primos hermanos entre sí.

Cabe plantearse si, a tenor de la configuración actual de la familia, no parece más adecuado partir del diverso ámbito subjetivo que supone el parentesco de consanguinidad, en línea recta y en línea colateral, y disponer para cada uno un distinto alcance subjetivo.

para las incompatibilidades.

En el caso de la relación de consanguinidad en línea recta, si nos ceñimos al parámetro medio del periplo laboral de una persona, ciertamente la previsión del cuarto grado parece excesiva, por la más que remota posibilidad de que en la práctica pueda producirse tal eventualidad. Ahora bien, en atención a la intensidad que procura el vínculo de consanguinidad en línea directa no nos parece desacertada una exagerada prevención en este aspecto.

Sin embargo, la anterior apreciación no puede hacerse extensiva al parentesco colateral, por la distinta intensidad afectiva que comparativamente perfila el vínculo jurídico de colateralidad.

En efecto, sociológicamente la familia ha quedado circunscrita a la «familia nuclear», esto es, la integrada por padres e hijos. Esto comporta que en muchos casos la existencia de una relación de parentesco colateral en el cuarto grado sea desconocida por las mismas personas que resultan afectas. Pero además, lo que hay que tener en cuenta con carácter esencial es que el grado de parentesco que refiere el legislador no describe una relación de proximidad e intensidad *per se* que justifique la separación del juez. Las razones esgrimidas justificarían una restricción del ámbito subjetivo de esta causa, circunscribiendo a un grado inferior la relación recusable que define la consanguinidad

en línea colateral³⁹.

Por ello, proponemos que de *lege ferenda* se proceda a llevar a cabo esta limitación del grado de parentesco recusable en la línea colateral⁴⁰. Efectivamente, todos aquellos supuestos en los que entre personas unidas por vínculo de parentesco colateral en el cuarto grado mantuviesen una relación afectiva intensa, que duda cabe que posibilitarían la recusación del juez, pero no en razón a la relación de parentesco colateral concurrente sino a la amistad íntima que les liga, en cuyo caso el grado de parentesco constituiría un hecho más del que poder inferir el grado de intimidad de la relación interpersonal.

3. PARENTESCO POR AFINIDAD.

A) CONCEPTO.

La relación de parentesco por afinidad es la que liga a un esposo con los parientes de sangre del otro, o dicho de otro modo, el parentesco político entre dos personas, un cónyuge y el pariente consanguíneo del otro, que procede del matrimonio de

³⁹ Cfr. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación....op. cit.*, p. 109.

⁴⁰ Así se ha establecido en Alemania en la ZPO § 41.3 y SPO § 22.3 que detalla como causas de exclusión del cargo judicial por mandato de la ley, el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, el parentesco de colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

la primera más el parentesco de consanguinidad de la persona casada con ella⁴¹.

El parentesco por afinidad configura una relación recusable en los mismos grados que la relación de parentesco analizada en el apartado anterior, esto es, dentro del cuarto grado cuando se entable entre el juez y las partes, y hasta el segundo grado inclusive, cuando vincule al juez con los abogados o procuradores de las mismas.

Por ello, teniendo en cuenta que el cónyuge se encuentra en el mismo grado de afinidad con los parientes consanguíneos de su consorte que éste con ellos por consanguinidad, y que en este caso no se trata de una relación familiar directa sino derivada de otras dos en las que si concurre esa immediatez, como es el parentesco por consanguinidad y el matrimonio, cabría reproducir para esta circunstancia, con mayor razón, los argumentos esgrimidos con anterioridad *en pro* de rebajar el grado de parentesco recusable en la línea colateral.

⁴¹ O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, T. IV, Madrid, 1996, p. 11; HERRERA CAMPOS, *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*, Coord., por Moreno Quesada, Valencia, 2000, p. 114 que define el parentesco como la relación, unión o conexión que existe entre varias personas, en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión; MORO ALMARAZ, *Lecciones de derecho de familia*, Salamanca, 2002, p. 48, que alude a dicho parentesco como «familia política»; RAMS ALBESA, *Elementos de derecho civil. Derecho de familia*, con otros, 4ª ed, Barcelona, 1997, p. 36, que resalta que por razones de intensidad en el vínculo el derecho no pone límites al parentesco en línea recta descendente y ascendente, pero en la línea colateral el límite más característico es el cuarto, y añadido también suele establecer límites en la línea de afinidad.

B) LAS RELACIONES DE AFINIDAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL.

A diferencia de lo que ocurre con la relación de parentesco por consanguinidad que define una relación directa entre aquellos a quienes vincula, el parentesco por afinidad constituye un vínculo que se origina de forma mediata con la familia del cónyuge a través, precisamente, de su vínculo matrimonial con éste, y el parentesco que une a su cónyuge con las personas que integran su familia.

Precisamente por constituir el vínculo matrimonial la causa *ad origen* de la relación de parentesco por afinidad, es por lo que debemos plantearnos qué ocurre con dicha relación una vez se hubiere disuelto el matrimonio⁴².

Es lógico que, siendo la relación de afinidad una relación que está en función del vínculo matrimonial, una vez disuelto éste debiera estimarse

⁴² Así en el ordenamiento francés el Code de Procedure Penale de 31 de diciembre de 1957, el art. 668.1 dispone: «La recusación podrá ser ejercitada contra el juez, aún en caso de divorcio o fallecimiento de su cónyuge, si ha sido afín de una de las partes hasta el segundo grado»; en el ordenamiento alemán el § 22.3 de la Strafprozessordnung de 7 enero de 1975 declara excluido al juez de la práctica del cargo judicial por mandato de la ley, «cuando estuviera o hubiera estado emparentado por vínculo familiar o por matrimonio con el inculpado o con el ofendido en línea recta, hasta el tercer grado en la línea colateral por vínculo familiar, o hasta el segundo grado por matrimonio» y el §41.3 de la Zivilprozessordnung de 30 de enero de 1877 que, «excluye de la práctica del cargo judicial, por mandato de la ley, al juez: en las causas de parientes en línea recta por consanguinidad o afinidad, de colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con los que esté o haya estado emparentado».

extinguida la relación de parentesco que generó la misma⁴³. Por consiguiente, ateniéndonos a la literalidad de la norma, la relación de afinidad, únicamente, permitiría configurar causa de recusación constante el matrimonio del que trae su causa.

La doctrina civilista sin embargo no mantiene esta consideración ya que entiende que la permanencia del parentesco de afinidad⁴⁴, es independiente de la disolución del vínculo matrimonial.

La objetivación de un sentimiento subjetivo e íntimo que procura el establecimiento del hecho concreto del que inferir el mismo, constituiría la razón en la que cabría justificar el carácter indefinido de la relación de parentesco por afinidad como causa de recusación con independencia de la permanencia en el tiempo del vínculo matrimonial del que trae su causa⁴⁵.

⁴³ SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio...*, op cit, p. 183, entendía que el concepto de afinidad debía estimarse concurrente cuando el matrimonio hubiere quedado extinguido por causa de muerte de la esposa, aún en el caso de que el juez hubiere contraído nuevo matrimonio, pero no lo hacía extensiva a los casos de extinción del matrimonio por nulidad.

⁴⁴ MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del derecho de familia, y otros*, vol. I, Madrid, 1984, p. 535, para quien la sentencia de divorcio no extingue el parentesco de afinidad el cual subsiste. En el mismo sentido GARCÍA CANTERO, «Nulidad del matrimonio», en *Derecho de Familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, p. 49; PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, Granada, 1985, p. 143.

⁴⁵ Así los PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la LEC*, T. I, Madrid, 1972, p. 250, en el art

Nosotros defendemos esta misma interpretación porque nos parece más garantista con el derecho a la imparcialidad judicial, ya que presume la concurrencia de sentimientos difíciles de acreditar por su naturaleza endógena, cuya efectiva existencia sí legitimaría la separación del juez a quien se imputan. Ahora bien para ello convendría llevar a cabo una limitación del alcance subjetivo del parentesco consanguíneo en línea colateral a grados que *per se* describan un grado de relación afectiva intenso.

4. LA RELACIÓN ASIMILABLE AL MATRIMONIO.

La inclusión por parte del legislador de la situación de hecho asimilable al matrimonio dentro de las causas de recusación, deja constancia legal de la existencia de determinadas relaciones sociales e interpersonales, que indican un grado de intimidad e intensidad similar al de las relaciones familiares jurídicas, precisamente, por tratarse de situaciones personales parangonables.

En puridad, no es la existencia de la relación

165.2 dispusieron dentro de las causas de exclusión legal del juez, el parentesco de consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los litigantes, aún cuando el *matrimonio del que proceda la afinidad esté declarado nulo o se hallen separados los cónyuges*. El subrayado es nuestro.

⁴⁵ DITTRICH, *Incompatibilità, astensione, e ricasazione*

jurídica la que legitima la sospecha que se cierne sobre la imparcialidad judicial, sino el grado de intimidad y la intensidad que de la misma se infiere, los cuáles también deben estar presentes en la relación de hecho para conformar la relación recusable.

Al llevar a cabo el análisis de esta causa de recusación, hemos podido apreciar la existencia de otras relaciones interpersonales alternativas al matrimonio, que no son susceptibles de incluirse en esta causa de recusación⁴⁶. De ahí la importancia de señalar y concretar cuáles son las notas que identifican la relación de hecho que configura esta causa de recusación.

Una vez hayamos precisado el concepto de la relación asimilable al matrimonio a estos efectos, cabe establecer si todas aquellas previsiones que en el ámbito de la recusación encuentran su razón de ser en el vínculo del matrimonio también son de aplicación a la relación de pareja, en cuyo caso debemos proceder a concretar cuáles de aquéllas pueden hacerse extensivas a la relación fáctica, o sí por el contrario la primacía de la interpretación restrictiva y de la taxatividad excluye dicha solución.

del giudice civile, Padova, 1991.

⁴⁶ Así las denomina SALVADOR CORDECH y RUÍZ GARCÍA, *Comentaris al Codi de família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, direc. Egea i Fernández y Ferrer i Riba, Madrid, 2000, p. 48-49.

A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

La doctrina ha declarado plausible la equiparación que se hace en materia de recusación, entre parejas de hecho y parejas casadas, siendo éste un referente más en la tendencia que se constata en el ordenamiento jurídico de dotar de efectos jurídicos a las denominadas uniones de hecho⁴⁷.

⁴⁷ Son diversos los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que acogen las uniones fácticas de pareja equiparándolas en efectos jurídicos a la relación conyugal y entre ellos cabe citar: en el ámbito penal la LOCP 23-11-1995, art 23 considera como circunstancia mixta, atenuante o agravante(...)ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad; LOCP de 9-6-1999 reformadora del CP considera como delito de malos tratos el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente(...); en el ámbito procesal el art 955 LECrim según redacción dada por ley de 30 de abril de 1992 legitima para interponer el recurso de revisión cuando hubiere fallecido el penado, al cónyuge o a quien haya mantenido convivencia como tal (...) y LO 6/84, de 24-5 reguladora del Habeas Corpus, en su art 3 legitima para instar dicho procedimiento al cónyuge y a persona unida por análoga relación de afectividad; en el ámbito civil el art 101 Cc declara como causa de extinción de la pensión compensatoria contraer matrimonio o convivir maritalmente con otra persona; el art 320 Cc a efecto de la emancipación de los hijos declara que podrá instarla cuando quien ejerce la patria potestad contrajese nuevas nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. Asimismo la Ley de Arrendamientos Urbanos 2/1994 establece el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario a favor « de la persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante al menos dos años(...) salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

El fundamento que subyace en la configuración del vínculo del matrimonio como una relación recusable es el mismo que ha inspirado la disposición de la unión fáctica, alternativa al matrimonio dentro del elenco de motivos de recusación.

No toda relación interpersonal de carácter intenso puede ser equiparada a la situación fáctica que configura esta causa de recusación. Cualquier otra interpretación inevitablemente nos conduce a dejar sin solución la pregunta que plantea PICO I JUNOY acerca de cuál es el motivo que habría llevado al legislador a recoger la «situación de hecho asimilable», cuando ya existe la amistad íntima como causa independiente y autónoma de abstención y recusación⁴⁸.

En efecto, no parece que la previsión de esta causa deba limitarse a la concreción del hecho presunto del cual se deduce la amistad íntima como hecho presumido, en cuanto objetivación de la causa 8ª de recusación. La previsión autónoma e independiente de esta causa, respecto del motivo 8º, y su asimilación al vínculo del matrimonio, además de explicar una diferente configuración, previene un distinto alcance material.

Así, alguno de los hechos constitutivos que identifican la relación fáctica asimilable pueden

⁴⁸ Vid. PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y su*

importar un cierto grado de intimidad del que se podría inferir un sentimiento de amistad cualificado, no ocurriendo lo mismo a la inversa. Los hechos de cuya conjunción surge esta causa son distintos a aquéllos de los que se puede inferir la relación de amistad íntima. Precisamente, esta autonomía es la que justifica que la relación asimilable al matrimonio tenga una proyección temporal distinta a aquélla que es predicable en las causas que traducen un sentimiento de intimidad. En la relación fáctica asimilable al matrimonio la doctrina propugna un ámbito temporal indefinido, cosa que no ocurre en el caso de la amistad íntima o de la enemistad manifiesta, en los que la nota de simultaneidad con el desarrollo del proceso se infiere de los términos en los que ambas se manifiestan.

Tradicionalmente, la definición tipo de la convivencia *more uxorio* ha venido siendo la de una relación heterosexual de dos personas unidas por una relación de afectividad análoga a la conyugal con voluntad de permanencia o estabilidad, no formalizada por la ceremonia de una boda⁴⁹.

garantías... op. cit., p. 55.

⁴⁹ ESPÍN CÁNOVAS, «Familia no matrimonial», ponencia en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1987; LACRUZ BERDEJO, «Convivencia *more uxorio*», Obra colectiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989), tomo I, pp. 1061/ss; JORDANO BAREA, «Matrimonio y unión libre», discurso del acto de investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Córdoba, *Actualidad Civil*, núm. 6, 8-14 febrero de 1999.

Sin embargo, los últimos acontecimientos legislativos que en este ámbito se han ido produciendo no permiten seguir manteniendo este mismo concepto, por lo que en la actualidad cabría definir la relación de hecho como una «convivencia permanente entre dos personas en análoga relación de afectividad a la del matrimonio, con independencia de su orientación sexual, durante un plazo de tiempo determinado».

A partir del mismo, debemos precisar de conformidad con el panorama legislativo que en relación a las parejas de hecho ha ido perfilando el legislador autonómico cuales de aquellos requisitos que cualifican el vínculo matrimonial coinciden en la relación fáctica «normativizada» a fin de precisar que elementos conforman esta causa de recusación.

B) REQUISITOS QUE IDENTIFICAN LA RELACIÓN RECUSABLE.

La realidad social no contempla un único tipo de unión interpersonal, precisamente, en razón a la heterogeneidad de uniones de hecho existentes. Por ello es preciso concretar cuáles son aquellas características que cualifican el vínculo matrimonial, y que necesariamente deben concurrir en la relación fáctica para procurar su equiparación al

matrimonio e integrar esta causa de recusación judicial.

B.1) CUESTIONABILIDAD DE LA HETEROSEXUALIDAD COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA RELACIÓN RECUSABLE.

Dada la redacción del precepto son diversas las dificultades que entraña la inteligencia del mismo, substancialmente en lo que concierne al contenido material del término empleado por el legislador.

En la medida en que el referente de equiparación de la situación fáctica es el matrimonio⁵⁰, y en cuanto que éste es conceptuado como «la unión entre un hombre y una mujer que se inicia cuando surge una comunidad de vida reglada por el derecho»⁵¹, parece que la comprensión de la

⁵⁰ REINA y MARTINELL, *Curso de Derecho Matrimonial*, Madrid, 1995, p. 68/ss, para acotar jurídicamente el fenómeno aluden a las «uniones matrimoniales de hecho» con referencia exclusiva de las uniones heterosexuales, en cuanto consideran que uno de los rasgos definidores de las uniones de hecho es precisamente el carácter heterosexual.

⁵¹ LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, 1984, p. 22, definen el matrimonio como «vínculo monogámico entre personas de diferente sexo, reconocido por el Derecho como fuente de derechos y obligaciones y generador del grupo familiar; vínculo que nace del insustituible consentimiento de las partes, y que presupone, por tanto, en los contrayentes la capacidad de entender y de querer en orden a las obligaciones que se adquieren; vínculo no a plazo, en el que es un elemento natural el tener que durar cuanto dure la vida de los que lo generan, y en el que la disolución sólo podrá ser fruto de una voluntad manifestada después de nacido el vínculo». En el mismo sentido NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1994, que hace un interesante estudio de las parejas de hecho y de lo que denomina «debilitación de la heterosexualidad».

norma queda circunscrita de forma exclusiva a la existencia de una relación heterosexual.

Sin embargo, excluida la interferencia de dogmatismos jurídicos en cuanto que, si bien el componente heterosexual resulta inseparable del propio concepto de matrimonio⁵²⁵³, no parece que éste haya constituido un parámetro de equiparación para perfilar esta causa de recusación.

Por ello, nos parece que debe hacerse una interpretación extensiva que ampare también la situación de convivencia estable entre personas del mismo sexo, siempre y cuando concurren los otros requisitos que identifican a la relación matrimonial.

Tal aserto se justifica en la finalidad propia del precepto destinado a prevenir la sospecha de parcialidad del juez, a cuyo efecto resulta

⁵² SERRANO ALONSO, *Manual de derecho de familia*, Madrid, 2000, p. 17, perfila dentro de los caracteres necesarios que han de concurrir para que jurídicamente exista un matrimonio, la heterosexualidad y declara que «si bien no es exigida de forma expresa por ninguna norma, es una exigencia histórica, cultural y social que la ley da por supuesta(...) está latente en el art. 44. Cc cuando dispone «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código» y el art. 32 CE que señala que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», pero a continuación, p. 162 no enumera éste dentro de los requisitos de las uniones extramatrimoniales. En el mismo sentido ROCA I TRIAS, *Derecho de familia*, Valencia, 1997, p. 52.

⁵³ En el mismo sentido el ATC 222/1994, de 11 de julio al inadmitir una reclamación de una pensión, formulada por un homosexual como consecuencia del fallecimiento de su compañero, declara «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil».

irrelevante que la relación estuviere constituida por personas de distinto o del mismo sexo biológico, puesto que lo que interesa singularmente es la *affectio* que vincula a las partes de la relación jurídica o de facto, así como su establecimiento con una proyección de estabilidad.

Por otro lado, esta interpretación es la que resulta más acorde a la tendencia legislativa que se aprecia en materia de reconocimiento legal de las uniones estables de pareja. Así este nuevo régimen jurídico no sólo contempla la relación fáctica entre heterosexuales, sino que de forma específica hace referencia a las uniones entre personas del mismo sexo, y procede a dotar de contenido jurídico una situación a la que, tradicionalmente, le había sido negado cualquier reconocimiento jurídico⁵⁴.

⁵⁴ Así se puede apreciar en la ley 10/1998, de 15 de julio de la Generalitat de Catalunya reguladora de las Uniones Estables de Pareja que constata en su preámbulo la necesidad de dar regulación legal a esta realidad social «En estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente, también, con el creciente nivel de la aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca todas las parejas referidas, incluidas, por lo tanto, las formadas por personas del mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia». En el mismo sentido la ley 6/1999, de 26 de marzo de Aragón, relativa a las parejas estables no casadas cuyo ámbito de aplicación se extiende a las situaciones convivenciales de parejas tanto heterosexuales como homosexuales; el de Navarra con la ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; La ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana; La ley 11/2001, de 19 de diciembre de la Comunidad de Madrid; y por último la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Baleares.

B.2) LA ESTABILIDAD.

Resulta evidente que cuando el ordenamiento jurídico ha asumido a las uniones de hecho para conferirles unos efectos jurídicos que anteriormente eran reconocidos con carácter exclusivo al matrimonio, lo ha hecho por considerar que tales relaciones son análogas a él.

La estabilidad de la convivencia basada en la *affectio* constituye un elemento esencial del matrimonio, y en esta institución la proyección de futuro o perdurabilidad de la relación se presume desde el mismo momento de su celebración⁵⁵.

Esta solución, sin embargo, no es aplicable a las situaciones de hecho, porque precisamente estas relaciones interpersonales se singularizan por tener un perfil aformal. En este contexto la estabilidad en la convivencia sólo es constatable a partir de su desarrollo a lo largo del tiempo⁵⁶.

La convivencia potencialmente constitutiva de las uniones de hecho es una convivencia diaria,

⁵⁵ ROCA I TRIAS, *Derecho de familia*, op. cit., p. 54, declara que si bien puede concebirse el matrimonio como un negocio jurídico de derecho de familia, sólo interviene la autonomía de la voluntad en la decisión relativa a su celebración o no. Pero una vez contraído el matrimonio se produce la creación de una relación jurídica entre los cónyuges cuyo contenido viene imperativamente determinado y deja muy escaso margen a la autonomía de los cónyuges puesto que son muy escasos los aspectos en los que la ley admite el pacto.

⁵⁶ El TS entiende que sólo cabe hablar de pareja de hecho cuando la convivencia haya durado varios años, sea pública y haya dado lugar a actuaciones conjuntas de ambas partes, vid STS 18-5-

estable y duradera o, por lo menos con vocación de permanencia en el tiempo⁵⁷.

Asimismo, la no exigencia de formalidad alguna en el momento de su constitución dificulta la determinación del instante a partir del cual resulta computable el transcurso de dicho lapso temporal.

Esta indeterminación que se produce respecto al *dies a quo* en que comienza la relación de hecho plantea un cuestión de difícil solución, respecto a si para estimar concurrente esta causal de apartamiento se requiere el desarrollo de la relación interpersonal durante un determinado período de tiempo, en todo caso, como elemento constitutivo de la misma, o si por el contrario, éste sólo constituye un elemento *ab probationem* de su existencia.

La solución a dicha cuestión, teniendo en cuenta que el parámetro de confrontación es el matrimonio, no puede ser otra que requerir cierta firmeza o estabilidad en la relación, la cual se manifiesta bien constatando cierta continuidad a través de su desarrollo durante un lapso temporal determinado, o bien a través de la realización de cualquier acto formal que de forma implícita haga fehaciente cierta proyección de futuro en la relación.

1992 (RAJ 4907); 21-10-1992 (RAJ 8589) y 11-12-1992 (RAJ 9733).

⁵⁷ En este sentido la STC 184/1990 de 15 de noviembre consideraba precisa una «unidad de convivencia estable».

Esta es la solución que se ha adoptado en aquellas Comunidades Autónomas en las que la situación convivencial ha merecido sanción legislativa. Así, para atribuir los efectos que previene la ley y dotar de contenido jurídico a una relación interpersonal, hétero u homosexual, se requiere una unión estable que se define: a) por el transcurso de un periodo de convivencia ininterrumpido mínimo, b) por la existencia de descendencia en común, y c) por el otorgamiento ab initio de la relación de una escritura pública o documento público notarial, que analizaremos a continuación.

a) La convivencia prolongada como presupuesto de la unión estable.

En uso de la libertad conferida al legislador autonómico para delimitar libremente el ámbito de aplicación del derecho civil propio, son diversas las Comunidades Autónomas que han dotado de regulación a las parejas no casadas, en concreto Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia, Madrid y Baleares⁵⁸.

⁵⁸ En este sentido el art. 1.1 de la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja del Parlamento de la Generalitat de Cataluña, al disponer los requisitos que deben reunir las uniones estables para serle de aplicación las normas que previene, esta definiendo a la unión estable señala, «quienes hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece». Inmediatamente, a continuación dispone que «no es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia». Respecto a las

No se ha tenido en cuenta la incidencia que la ley material autonómica puede tener en la conformación de esta causa de recusación. El legislador orgánico no procura una definición concreta y específica para el ámbito de la recusación de que deba entenderse por una relación fáctica asimilable al matrimonio. Se aprecia la existencia de una norma en blanco para cuya

uniones estables homosexuales, el art. 21 requiere, en todo caso que se acredite su constitución mediante escritura pública otorgada conjuntamente, produciendo la unión todos sus efectos desde la fecha de la autorización del documento de referencia; Por su lado la Ley 6/1999, de Parejas Estables no casadas, del Parlamento de Aragón, en el art. 3.2 señala que «se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública»; La ley foral de Navarra 6/2000 en el art. 2.2, alude al concepto de pareja estable señalando que «se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público»; La ley 1/2001 del Parlamento de Valencia en su art. 1 extiende el ámbito de aplicación de la ley «a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana» estimando que la inscripción en dicho registro tiene carácter constitutivo, el subrayado es nuestro; La ley 11/2001 de Uniones de hecho de Madrid es de aplicación según dispone su art. 1 a «las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid»; Ley 18/2001, de Parejas Estables de Baleares que regula el régimen jurídico de la unión de dos personas que, al margen de su opción sexual, convivan de manera libre, pública u notoria en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Para ello bastará su inscripción en el Registro de Parejas Estables de Baleares sin que sea necesario un período de convivencia previa.

delimitación habrá que estar a las distintas regulaciones autonómicas.

En el marco de aquellos ordenamientos jurídicos que atribuyen a las parejas estables un estatuto jurídico propio y diferenciado del matrimonial, cabe observar el distinto trato jurídico que esta cuestión ha recibido.

La coexistencia de diferentes regímenes jurídicos y de distintas definiciones de pareja de hecho, así como la diversa consideración de la convivencia prolongada que procura la normativa autonómica plantea el problema de cuál de todos ellos debe ser el precepto de referencia para determinar el contenido de esta causa de recusación, por cuanto que su imprecisión supone un distinto alcance según el foro autonómico en el que se desarrolla el proceso.

La seguridad jurídica exige la aplicación uniforme de la legislación procesal⁵⁹, de ahí que la propia LOPJ debiera concretar con precisión el

⁵⁹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1979, p. 32 apuntaba el criterio de la territorialidad para definir el ámbito de aplicación de la norma procesal, y al efecto declaraba «los límites de aplicación en el espacio de la ley procesal coinciden con los del ejercicio de la soberanía del Estado y, por consiguiente, por regla general con los del territorio nacional»; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª ed, Madrid, 2000, p. 331 pone especial énfasis en que las normas procesales son competencia exclusiva de las Cortes Generales por lo que «su aplicación se extiende sólo y exclusivamente al territorio nacional y a todo el territorio nacional»

ámbito material de esta causa de recusación⁶⁰, para evitar que la dispersa regulación de las uniones fácticas en el ámbito autonómico pueda provocar una desigual aplicación de la norma procesal que prevé esta causa de recusación, en función del foro en el que se interponga.

b) Constitución mediante escritura pública.

Precisamente, otro mecanismo que ha previsto el legislador autonómico para la constitución de la unión es por medio de la escritura pública⁶¹⁶².

La exigencia de una convivencia prolongada para constituir la relación de hecho se suple con el otorgamiento de una escritura pública en la que se recoge una declaración de voluntad, expresa y formal, de los convivientes. En consecuencia, en la praxis la única diferencia que existe entre parejas heterosexuales que constituyen su relación mediante escritura pública y aquéllas que contraen matrimonio

⁶⁰ Tal y como preveía la proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil presentada por el Grupo popular al Congreso de los Diputados, BOCG, VI Legislatura de 29-Septiembre-1997, Serie B, núm. 117.1. en su art. 4 que disponía una nueva regulación del art. 219. 1 y 2, en lo referente a la situación de hecho asimilable y señalaba una definición específica al disponer « son causas de abstención y, en su caso de recusación: 1º El vínculo matrimonial y el parentesco por consanguinidad dentro del 4º grado o tener suscrito un contrato de unión civil con cualquiera de los expresados en el artículo anterior».

⁶¹ MARTÍN CASALS, *Comentaris al Codi de família...* op cit supra. p. 1147, habla en este caso de «matrimonio bis».

⁶² Como pone de manifiesto NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit. p. 82, el requerir la escritura pública supone formalizar lo que por naturaleza es informal, o dicho en otros términos, la dualidad matrimonio-uniones de hecho comportaría una

se ciñe a la forma de constitución de la unión y al nombre que recibe la misma.

c) *La descendencia común.*

Como puede observarse en la mayoría de las legislaciones autonómicas⁶³, la descendencia en común no suprime la exigencia de convivencia para la conformación de la pareja de hecho, pero si excusa la necesidad de que se desarrolle a lo largo de un determinado lapso temporal.

B.3) CONVIVENCIA MORE UXORIO.

La convivencia que da lugar a la relación asimilable al matrimonio debe ser una relación *more uxorio*⁶⁴.

El carácter marital supone que los miembros de la unión establecen una comunidad de vida semejante a la matrimonial, lo que permite excluir del ámbito de comprensión de esta causa aquellas otras relaciones interpersonales en las que se advierte una amistad o relación de afecto que no es análoga a la conyugal.

desformalización formalizadora.

⁶³ Vid nota supra, que recoge las diversas leyes promulgadas en la materia.

⁶⁴ Cfr. MARTÍN CASALS, *Comentaris al Codi de família...*, op. cit., p. 1152.

En este sentido, las situaciones convivenciales de ayuda mutua entendidas como aquella «relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros»⁶⁵ no pueden asimilarse a la relación fáctica que refieren los apartados 1 y 2 del art. 219 LOPJ.

Para concluir cabría señalar que la dificultad que plantea esta causa de recusación es la de su acreditación. Para ello están admitidos todos los medios de prueba regulados en derecho, dentro de los que podemos reseñar por ser los más utilizados en la práctica, el interrogatorio de las partes, el interrogatorio de testigos, certificados de convivencia otorgados por los ayuntamientos en base al padrón municipal, y otras pruebas documentales como son las cartas, fotografías, los extractos bancarios de cuentas conjuntas, así como informes provenientes de profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, según dispone el art. 265.1.5 LEC. En todo caso la utilización de los medios de prueba tiene como límite el que no pueden conculcar los derechos fundamentales de las

⁶⁵ Vid. la LEY 28-12-1998, (RCL 388) emitida por la Generalitat de Catalunya.

personas⁶⁶.

II. LAS RELACIONES FAMILIARES Y RELACIONES «ASIMILADAS», NO PREVISTAS COMO CAUSA DE RECUSACIÓN.

1. «EL PARENTESCO DE AFINIDAD DE HECHO».

Dentro del elenco de causas de recusación no se incluye expresamente la relación que, por analogía con el parentesco de afinidad, cabría estimar se instaure entre el conviviente *more uxorio* y los parientes de consanguinidad de la pareja de hecho⁶⁷.

De *lega data* tampoco puede estimarse implícita en la equiparación que a efectos de la recusación se hace entre el matrimonio y la situación de hecho asimilable, puesto que tal equiparación según la redacción legal se ciñe de forma exclusiva a la propia relación fáctica.

⁶⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Comentarios del Código Civil*, T. II, art. 1214-1215, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁶⁷ Prevención legal a la que hace referencia la enmienda núm. 1437 del Grupo Parlamentario CiU al Proyecto de LEC. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A núm. 147-9 de 26 de Marzo de 1999, que señalaba como causa de recusación, «El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, o situación de hecho asimilable dentro del cuarto grado con las partes del proceso» señalando en la motivación que «bien está que el juez no pueda ser el cuñado de uno de los litigantes, pero igualmente justo y lógico es que tampoco pueda ser el hermano de la pareja de hecho de uno de los litigantes».

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la previsión legal de la relación de parentesco por afinidad como causa de recusación, no tiene por fundamento la existencia de una vinculación interpersonal específica, ni manifiesta una relación de afectividad intensa entre aquellas personas entre quienes se entabla. Antes al contrario, se trata de una relación jurídica derivada de otras dos, el vínculo matrimonial y la relación de consanguinidad, que sí llevan implícita dicha intensidad.

Nuestro legislador, al incluir la relación de hecho asimilada al matrimonio como causa de recusación, confirma la razonabilidad de la sospecha que se cierne sobre la imparcialidad del juez cuando concurre esta circunstancia. Precisamente, esta equiparación legal entre el vínculo matrimonial y la relación de hecho como causa de recusación, obedece a la existencia de una relación personal caracterizada por una intensidad específica, de la cuál se intuye *iure et de iure* la existencia de sentimientos incompatibles con la ponderación y ecuanimidad que debe presidir la actuación jurisdiccional.

Si llegamos a la consideración de que lo que realmente avala el menoscabo de la imparcialidad es la existencia de una relación de parentesco de consanguinidad de aquél con quien el juez mantiene un vínculo afectivo específico, jurídico o fáctico, y las partes o sus abogados, de *lege ferenda* debiera incluirse la relación de «afinidad de hecho», porque

en uno y otro caso el fundamento es idéntico.

Por otra parte la previsibilidad legal de lo que podríamos denominar «afinidad de hecho» como causa de recusación, permitiría objetivar las circunstancias subjetivas e internas que autorizan la separación del juez. Realmente el motivo que podría justificar una inclinación parcial del juez, y comprometer su voluntad a favor o en contra de la parte en quien concurre esta circunstancia, o cuando menos malograr la imagen de imparcialidad en su actuación, puede no ser tanto la relación personal e intensa que entable con el pariente consanguíneo de su conviviente, como el hecho mismo de que éste sea pariente consanguíneo de la persona con la que mantiene una relación cuasi-marital.

Por ello desde una perspectiva teleológica sería deseable la posibilidad de equiparar la unión de hecho al matrimonio como circunstancia generadora de un vínculo de parentesco, no jurídico, entre el conviviente y los parientes por consanguinidad de su pareja, a fin de permitir la separación del juez en quien concurra.

2. LA CAUSA DE ABSTENCIÓN AUTOMÁTICA PREVISTA EN EL ART. 392.1 LOPJ.

El vínculo matrimonial o relación de hecho equivalente y la relación de parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado

entre jueces que intervienen en las sucesivas fases en las que se desarrolla del proceso, aparece definida en el art. 392 LOPJ como una causa de incompatibilidad judicial y al mismo tiempo como una causa de abstención automática⁶⁸.

A) CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

Cabría plantearse si la inclusión de la causa de abstención automática, dentro del Capítulo II que se intitula «De las incompatibilidades y prohibiciones» resulta adecuado ⁶⁹. Ciertamente, nuestro ordenamiento jurídico ha trazado una neta distinción entre la causas de incompatibilidad y las de abstención judicial, como lo demuestra el hecho

⁶⁸ Cfr. LORCA NAVARRETE, *Introducción al derecho procesal, organización judicial española y principios rectores del proceso español*, 2ª ed., Madrid, 1995, manifiesta que en este precepto se dispone un régimen de incompatibilidad jurisdiccional absoluto y se crea la *abstención automática* del juez o magistrado de índole funcional.

⁶⁹ El art 392 de la LOPJ según redacción dada por la LO 16/94, de 8 de Noviembre de reforma de la LOPJ 6/85, de 1 de julio dispone que, «los jueces o magistrados no podrán intervenir en la resolución de los recursos relativos a resoluciones dictadas por quienes tengan con ellos alguna de las relaciones señaladas, ni en fases ulteriores del procedimiento que, por su propia naturaleza, impliquen una valoración de lo actuado anteriormente por ellas. En virtud de este principio, además de la obligación de abstención siempre que concurra cualquiera de los vínculos a que se refiera el art. anterior serán incompatibles entre sí: a.) Los jueces de instrucción con los jueces unipersonales de lo penal que hubieran de conocer de lo instruido por ellos y con los magistrados de la sección que se hallen en el mismo caso. b) Los magistrados de cualquier sala de justicia a la que se halle atribuido el conocimiento de los recursos contra resoluciones de un órgano jurisdiccional, con los magistrados o jueces que integren dicho órgano. Se exceptúan de esta incompatibilidad las Salas y secciones del Tribunal Supremo.

de que hayan sido reguladas con absoluta independencia una y otra institución. De ello se podría inferir que el legislador parte de la distinta y específica naturaleza jurídica que perfilan tales garantías.

Como pone de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA «el conocimiento teórico del derecho positivo exige sacar a la luz conceptos que sólo están en él implícitos y que se obtienen por la coordinación paciente y sistemática de unos preceptos con otros, significaciones probablemente desconocidas del propio legislador, y formular definiciones que la ley misma no tiene por qué dar, y que cuando las da no vinculan al intérprete»⁷⁰.

Si bien la dogmática jurídica está vinculada al léxico empleado por la ley, el legislador no puede efectuar una equiparación inexacta. Por ello, entendemos que cabe objetar la previsión de una circunstancia de abstención automática dentro del art. 392.1 LOPJ que define causas de incompatibilidad para el ejercicio de la jurisdicción. Ciertamente, el debate acerca de la naturaleza jurídica de una determinada institución jurídica no constituye una pérdida de tiempo en cuestiones bizantinas; en cuanto que la concreción de la realidad de modo correcto exige siempre una determinada calificación jurídica en tanto que de

ella se derivan importantes consecuencias teórico-prácticas.

Posiblemente a esta ambigüedad conceptual, reflejada en el precepto, haya contribuido, sin duda alguna, una indeterminación histórica entre causas de incompatibilidad y causas de recusación⁷¹.

⁷⁰ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 23-24, en cuanto dispone la pautas para precisar el léxico en derecho procesal, o lo que es lo mismo precisar conceptos.

⁷¹ Esta falta de precisión conceptual entre causas de incompatibilidad y causas de abstención y recusación no es extraña en nuestra tradición normativa, ya la ley del jurado de 20 de abril de 1888, en su art 12 y su remisión al art 13, conceptuaba como causas de incompatibilidad relativa determinadas causas que hoy en día constituyen causas de abstención y recusación al disponer no podrán ser jurados en una causa: 1º) los que hubieren intervenido en ella como secretarios, oficiales o agentes de la policía judicial, fiadores, testigos, interpretes, peritos o cualquier concepto análogo. 2º) las partes interesadas y sus procuradores o representantes y abogados, si éstos han dejado de serlo cuando se celebre el juicio. 3º) Los ascendientes o descendientes, aunque sean adoptivos; el cónyuge y los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las partes interesadas, los tutores o curadores de las mismas, y los parientes en primer grado de los procuradores, representantes y abogados que intervengan en el juicio. 4º) Los que tuvieren con cualquiera de las partes amistad íntima o enemistad manifiesta. 5º) Los que tuvieren algún interés directo o indirecto en la causa.. Asimismo el Código de Justicia Militar aprobado por RD 27 Septiembre de 1890 en el Título VIII "De las incompatibilidades, exenciones, excusas y recusaciones" disponía en el art 150 como causas de incompatibilidad: 1) El parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o segundo de afinidad con cualquiera de los procesados, con la persona ofendida o perjudicada por el delito, o en los respectivos casos con el Fiscal o con alguno de los jueces. 2) El mismo parentesco de consanguinidad dentro del segundo grado, o de afinidad dentro del primero, con el defensor de alguno de los procesados. 3) Haber sido denunciado o acusado por alguno de éstos o de los ofendidos como autor, cómplice o encubridor de un delito. 4) Haber sido defensor de alguno de los acusados u ofendidos. 5) Haber intervenido en la causa como acusador, perito o testigo. 6) Ser o haber sido en alguna ocasión denunciador o acusador de alguno de los procesados u ofendidos. 7) Ser o haber sido tutor o curador, o haber estado bajo la tutela o curatela de algunos de los procesados u ofendidos. 8) tener pleito pendiente con el acusado o con el ofendido. 9) Tener interés directo o indirecto

La fluctuación que se ha producido de unas a otras, ha permitido que queden desdibujados conceptos que deberían estar perfectamente delimitados no sólo por una contribución al rigor jurídico, sino porque ello contribuye a aclarar otros conceptos que suele ser habitual identificar entre sí, independencia e imparcialidad. Nociones que expresan categorías jurídicas distintas a cuya garantía han sido arbitrados instrumentos que también difieren como es el régimen de incompatibilidades y el régimen de abstención y recusación, respectivamente.

Si bien desde un punto de vista dogmático cabe encuadrar ambas categorías dentro del concepto de idoneidad del juez o magistrado para el ejercicio de la función jurisdiccional, atendiendo a la finalidad a la que sirven las garantías objeto de estudio no es admisible su equiparación, por cuanto que atañen a diversas perspectivas de la jurisdicción. Así, mientras que las causas de incompatibilidad constituyen garantías establecidas para preservar la independencia judicial⁷², la abstención y la

en la causa. 10) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con el acusado o con el ofendido. 11) Ser Capitán u Oficial de la compañía de alguno de los procesados, o tenerle, por cualquier otro concepto análogo, bajo dependencia inmediata y directa en el momento.

⁷² Vid. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, p. 63, para quien la independencia de hecho se asegura a través el sistema de incompatibilidades y prohibiciones que pretende impedir en términos generales que el juez contraiga vínculos que puedan reducir de hecho la libertad del juez, mientras que las causas de abstención y recusación son garantías que se establecen, en un proceso concreto, en relación a las

recusación son instrumentos que se articulan en garantía de la imparcialidad del juez en un proceso concreto⁷³. Como pone de manifiesto DAMIÁN MORENO⁷⁴ «en el concepto de independencia predomina, más que cualquier otro aspecto, su carácter orgánico, es decir, afecta a la condición de los jueces en cuanto miembro de una organización. Contrariamente, la imparcialidad alude a un fenómeno que se manifiesta sólo dentro de un proceso determinado».

Por consiguiente, es importante distinguir el régimen de incompatibilidad orgánica previsto en términos abstractos, de aquellas otras garantías que se han dispuesto con carácter específico en defensa de la imparcialidad judicial.

El régimen de incompatibilidad orgánica contempla una serie de situaciones subjetivas cuya constatación entre miembros que participan en el

partes para evitar que los jueces puedan decidir en asuntos en los que tengan algún interés; en este sentido REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Madrid, 1989, pp. 162 y 168, distingue entre independencia en sentido jurídico e independencia de hecho, estimando que el régimen de incompatibilidades que establece el legislador configura las garantías dirigidas al aseguramiento de esta última, que define como el conjunto de condiciones establecidas para desvincular al juez de subordinaciones fácticas en el ejercicio de su función, pero no en relación a un proceso concreto sino en abstracto.

⁷³ Vid MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, 11ª ed., Valencia, 2002, pp. 98-100, precisa al respecto que independencia significa que los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función quedan sometidos única y exclusivamente al imperio de la ley. La imparcialidad no es una característica abstracta de jueces y magistrados, sino que hace referencia concreta a cada caso que se somete a su decisión.

⁷⁴ DAMIÁN MORENO, *Introducción al Sistema Judicial Español*, Madrid, 2002, p. 45.

mismo ámbito competencial, constituye un serio obstáculo para el adecuado desenvolvimiento de la función jurisdiccional del órgano.

Precisamente, es el elemento personal que define la acepción restringida de «órgano jurisdiccional»⁷⁵, el que toma en consideración la LOPJ a la hora de disponer este régimen de incompatibilidad que pretende evitar «las ocasiones de captación personal por los vínculos que el parentesco, el interés, o la amistad producen y que tan fuertes suelen ser en el corazón del hombre»⁷⁶.

Ahora bien, las causas de incompatibilidad orgánica en cuanto se establecen como garantía de la independencia judicial, están dispuestas en términos abstractos con vocación de generalidad, impidiendo una específica conformación del órgano jurisdiccional por temor al influjo que pueden ejercer los motivos o causas que dan origen a dicha incompatibilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero no suponen impedimento alguno en relación a un determinado proceso.

Se observa como ocurre lo contrario con la garantía de abstención automática que impone la separación del juez en el conocimiento de un determinado proceso para el que es competente, lo

⁷⁵ LORCA NAVARRETE, *Introducción al Derecho Procesal. Organización Judicial Española y Principios rectores del Proceso Español*, op. cit., p. 207.

⁷⁶ JIMÉNEZ ASENJO, *Organización Judicial Española*, Madrid,

cual implica que el órgano jurisdiccional está ya configurado, para prevenir que la especial relación que le une con otro juez que hubiera intervenido con carácter previo en el proceso pueda afectar a su imparcialidad.

B) PROPUESTA DE REDEFINICIÓN DE ESTA CIRCUNSTANCIA COMO UNA CAUSA DE RECUSACIÓN.

Dos son las razones por las que a nuestro juicio, esta circunstancia que conforma la causa de abstención automática debiera articularse como una causa de abstención, y consecuentemente de recusación:

a) Desde una perspectiva exegética ésta es la conclusión más acorde con la acepción literal del término empleado por el legislador.

El término «intervenir» que modaliza la prohibición que contempla el art. 392 LOPJ en su primer apartado, significa que lo que se proscribe no es la pertenencia a un determinado órgano jurisdiccional, sino la concreta participación del juez en el desarrollo de un determinado proceso, concretamente en la fase del recurso, debido a la especial vinculación en que se halla con el juez que intervino en la instancia anterior.

Aunando más en este aspecto etimológico, no cabe ignorar la diferente terminología que el legislador utiliza en otros preceptos que sí establecen verdaderas causas de incompatibilidad. En este sentido el art. 391 LOPJ proscribe «pertenecer» a un mismo órgano jurisdiccional magistrados que estuvieren unidos por los vínculos que contempla la ley. Por su parte el art. 393 LOPJ declara que «no podrán desempeñar su cargo», y el 392.1 par 2º dispone simplemente la incompatibilidad.

En todos estos supuestos la norma no alude a un proceso en concreto, sino que por el contrario hace especial consideración a la constitución del órgano jurisdiccional y al desempeño del cargo judicial con carácter previo a proceso alguno.

Efectivamente, la causa de incompatibilidad orgánica que excluye la pertenencia simultánea de jueces y magistrados ligados por vínculos de parentesco a órganos funcionalmente relacionados, no alcanza a impedir la posterior intervención en otra fase del mismo proceso a un juez o magistrado que tenga vínculos de parentesco con aquél que intervino en primera instancia o en la fase de instrucción.

El hecho de que el proceso necesite un tiempo para su desarrollo hace posible, y no se trata de una simple hipótesis de laboratorio que, en el lapso que existe entre una y otra intervención, hubiere cesado en el ejercicio de su cargo aquél que podría dar lugar a la causa de incompatibilidad y, por

tanto, no fuere apreciable causa de incompatibilidad alguna⁷⁷.

Ahora bien, la solución plausible a dicho supuesto no pasa por desvirtuar una categoría jurídica y desvanecer su rigor conceptual. Al contrario, éste debe fomentarse de modo que siendo una causa de abstención en toda regla, su regulación debiera hacerse junto con las demás causas de abstención.

b) Desde una perspectiva pragmática ateniéndonos a los diversos efectos que explican ambas categorías, causas de incompatibilidad y causas de abstención, parece alinearse más con la consecuencia jurídica prevista para esta última.

La presencia de una causa de incompatibilidad determina que el nombramiento del juez o magistrado en quien concurra, quede sin efecto, o que se produzca el traslado forzoso del último que hubiere sido nombrado cuando acaezca de forma sobrevenida. Con carácter general, las causas de incompatibilidad

⁷⁷ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios ...op. cit.*, p. 17, en los mismos términos criticó la falta de previsión legislativa como causa de recusación para el caso de ejercicio repetido de la función jurisdiccional en el mismo proceso por parte del mismo juez al señalar que la causa de incompatibilidad «no refiriéndose más que al ejercicio simultáneo de los cargos judiciales, no evitan en realidad lo que se proponen, porque en el tiempo intermedio entre una y otra resolución, el funcionario judicial que dictó la primera puede haber cesado en su cargo y haber sido nombrado sin impedimento legal para el órgano que tenga que decidir el recurso. En este sentido, jamás podrá jugar la incompatibilidad orgánica respecto de la misma persona».

producen efectos, con carácter previo al proceso, y por tanto no explican consecuencias en su ámbito.

Esto no obstante, dado el retraso de que adolece la justicia es factible que en determinados casos en los que no exista causa de incompatibilidad alguna hubiera de conocer en segunda instancia un juez que estuviere unido, por alguno de los vínculos que dispone la ley, con aquél que dictó la resolución que se impugna.

La consideración de que en éste último supuesto se está ante una causa de incompatibilidad y no ante una causa de abstención, plantea una disyuntiva de difícil solución en atención a la diversidad de efectos predicables respecto a una u otra.

Por tanto, de ser ello así resultaría ciertamente complejo sustraerse a la contradicción que conlleva el diverso trato jurídico procesal que se dispensa a dos supuestos de hecho que son muy similares entre sí: la intervención sucesiva en el proceso del mismo juez; y la intervención igualmente sucesiva, en diversas fases del proceso de jueces ligados por los vínculos familiares reseñados en la ley.

No se podría procurar una explicación razonable al hecho de que cuando en la resolución del recurso interviniese un juez o magistrado unido por alguno de los vínculos que explicita la ley con aquél que dictó la resolución recurrida la parte pudiese

impugnar la sentencia por falta de capacidad del órgano ilegítimamente constituido, no obstante no tener reconocido el derecho de recusación¹. Mientras que, por el contrario, si la intervención sucesiva en diversas instancias fuere llevada a cabo por el mismo juez tal circunstancia no constituye motivo de impugnación⁷⁸, salvo que habiéndose interpuesto

⁷⁸ PRIETO CASTRO, *Derecho de los Tribunales*, Madrid, 1986, p. 290, declara que «las causas de recusación y de abstención recogen, en nuestro sistema, puramente razones que desde un punto de vista objetivo autorizan a sospechar parcialidad en el juez o magistrado, pero no constituyen presunciones absolutas de una falta de imparcialidad. Se trata, por tanto, de una facultad renunciable, y la Ley reputa que existe la renuncia cuando la parte que podría recusar deja transcurrir el plazo preclusivo dentro del cual debería haberla propuesto. En consecuencia, la intervención de un juez o magistrado objetivamente recusables pero cuya recusación no se haya intentado en el tiempo y con los requisitos legales, no hace irrito el acto de que se trate, sea cualquiera la causa recusatoria que en el mismo se dé, grave o menos grave». Esta incongruencia se podría salvar si se acepta la clasificación suministrada por MONTERO AROCA, «El juez que instruye no juzga», *La Ley*, núm. 4735, entre causas de abstención y recusación que afectan a la imparcialidad y causas que afectan a la incompatibilidad de funciones procesales, así como su diferente régimen jurídico. Clasifica las causas de abstención y recusación entre aquellas que atienden a la incompatibilidad de funciones (que comprende las causas 5ª y 10ª del art 219 LOPJ) y las que afectan a la imparcialidad (todas las demás del art 219 y 220 LOPJ). Centrándonos en la incompatibilidad de funciones señala que «no se basan en circunstancia alguna ajena y previa al proceso, sino que esa circunstancia se origina en el proceso mismo y si el proceso no se hubiera incoado no hubiera llegado a existir. El legislador no estima aquí que está en riesgo el ejercicio mismo de la función jurisdiccional con su actuación del Derecho objetivo, sino únicamente que esa actuación no se realizaría de modo procesalmente previsto por él al regular el proceso. Cuando se dice que el juez que ha resuelto el pleito o causa en anterior instancia no debe conocer del recurso, no se trata de que el legislador estime que ese juez podría poner su función jurisdiccional al servicio de los intereses particulares de una de las partes o de su propio interés, sino que se trata de hacer realidad la existencia misma del recurso, pues si la instancia y el recurso fueren decididos por un mismo juez se estaría desvirtuando la existencia del recurso, esto es la manera como el legislador a conformado el proceso». En consecuencia con

recusación en tiempo y forma y fundada en causa legal ésta hubiere sido erróneamente desestimada.

Como pone de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA la recusación no constituye un presupuesto procesal negativo: óbice de procedibilidad, sino que indirectamente determina la invalidez de la sentencia. En efecto, no es la concurrencia de causa de recusación lo que justifica la invalidez de la sentencia, sino que concurra a su votación un magistrado respecto al cual se hubiere ejercido la recusación, en tiempo y forma, y con fundamento legal, hubiere sido injustamente desestimada.

La recusación y la abstención a diferencia de las incompatibilidades no impide el ejercicio del cargo sino el desempeño de la función jurisdiccional en un determinado proceso, en cuanto se configura como mecanismo establecido para asegurar el principio de imparcialidad⁷⁹.

Para finalizar, cabría señalar que es injustificado que siendo el criterio imperante en nuestro ordenamiento jurídico, la equiparación

dicha clasificación estima que las causas que afectan a la imparcialidad obligan al juez a abstenerse y faculta a las partes a recusarlo pero si no hay abstención ni recusación los actos realizados por el juez han de ser válidos. Por el contrario tratándose de causas relativas a la incompatibilidad de funciones el incumplimiento de la norma deberá llevar a la nulidad de pleno derecho de los actos realizados concurriendo la causa.

⁷⁹ En este sentido JIMÉNEZ ASENJO, *Organización judicial Española*, op. cit., p. 249, aún cuando incluye la recusación y la abstención dentro del concepto amplio de incompatibilidad distingue entre la incompatibilidad general que puede ser absoluta y relativa, y la incompatibilidad particular, en la que

absoluta entre causas de abstención y causas de recusación, al disponer esta causa de abstención automática no se haya establecido el correlativo derecho a ejercer la recusación.

Esta omisión legal se justificaría si pudiere predicarse un diverso fundamento, y una naturaleza jurídica específica en ésta, distinto al que se aprecia en las demás causas de abstención. Pero no siendo así no parece admisible aceptar la privación, al justiciable, de una correlativa facultad de recusación como mecanismo procesal establecido para desplazar del conocimiento a aquellos jueces que, incurriendo en alguna de las causas previstas legalmente, no se hubieren abstenido voluntariamente.

En atención a lo anteriormente referido, queda fuera de toda lógica jurídica y, además es contrario a la economía procesal, que no sea articulado un instrumento procesal adecuado para que prospere la denuncia de parte cuando ésta constate la vulneración de un deber de abstención impuesto al juez, y por el contrario se permita la impugnación de la sentencia definitiva⁸⁰.

ubica la abstención y recusación.

⁸⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984*, con otros, Madrid, 1985, p. 840, considera vicio de procedimiento «la insuficiencia subjetiva, bien física, por falta de número de Magistrados, bien jurídica, por incurrir éstos en una falta de legitimación, de los magistrados que firmaban la sentencia».

3. INCIDENCIA DE LA RELACIÓN FAMILIAR ENTRE EL JUEZ Y LOS TESTIGOS O PERITOS.

La relación familiar del juez con los testigos y peritos que intervienen en el desarrollo del proceso no constituye una causa de recusación del juez.

Tampoco esta circunstancia está prevista dentro del elenco de causas que posibilitan la tacha de peritos y testigos, que establecen los art. 343 y 377 LEC, respectivamente, ni en la relación de aquéllas que posibilitan la recusación del perito del art. 124 LEC.

El legislador, no obstante, sí ha considerado que la previa intervención del juez en el desarrollo del proceso en concepto de testigo o perito, constituye una causa de recusación objetiva. En este caso considera relevante el prejuicio que para su imparcialidad se deriva de la existencia de un conocimiento cualificado y previo, obtenido al margen del juicio y sin las garantías de publicidad y contradicción que él mismo entraña para las partes.

La falta de previsión respecto de la relación familiar entre el juez y el testigo o perito de las partes como causa de recusación no debe quedar exenta de crítica, porque es indudable que también en este caso existe el riesgo de que el juez hubiere

podido obtener un conocimiento cualificado y extraprocesal de los hechos que son objeto de enjuiciamiento, sin las garantías inherentes al juicio, a través de la persona con la que le une tan íntima e intensa relación.

Pero sobre todo es el desconocimiento de la dimensión subjetiva de esta circunstancia, la relación personal con las fuentes de prueba en cuanto apta para menoscabar la imparcialidad la que merece una especial atención.

En efecto, el juez podría sentirse psicológicamente más vinculado o dar mayor credibilidad a las declaraciones o dictámenes proferidos por aquellas personas con las que guarda una específica relación personal, en detrimento de los restantes medios de prueba que fueren aportados por las partes.

Precisamente el TEDH, en un supuesto en el que el testigo de cargo era conocido de uno de los miembros del jurado declaró que «el principio de imparcialidad es un elemento importante de la confianza que la jurisdicción debe inspirar en una sociedad democrática. Por ello el hecho de que un miembro del Tribunal conozca personalmente a uno de los testigos no significa, necesariamente, que tal miembro tenga un prejuicio favorable al testimonio prestado por dicha persona». Ahora bien, en este concreto caso matizó que para ello «es necesario determinar si la naturaleza de la relación es de tal

intensidad que denote una falta de imparcialidad por parte del Tribunal»⁸¹.

De cualquier modo esta relación entre el juez y los testigos y peritos no parece que constituya la situación más adecuada para desarrollar su labor jurisdiccional con ecuanimidad. Al menos examinada en su proyección externa, en el marco de las apariencias, sería deseable posibilitar los mecanismos necesarios para garantizarla.

Pero la solución que haya de adoptarse, ha de ser totalmente diferente en uno y otro caso, en atención a la fungibilidad que cabe apreciar en el perito y que, por el contrario, no concurre en la figura del testigo.

Por tanto, en el primer supuesto el ordenamiento jurídico debiera posibilitar la sustitución del perito antes que la abstención o recusación del juez.

⁸¹ Pullar vs. Reino Unido, STEDH 10-6-1996, Recueil de arrêts 1996, III, pp. 783 y ss, parág. 38, que analiza si la relación de subordinación entre un miembro del jurado y un testigo de cargo menoscaba la imparcialidad del tribunal y señala «que el hecho de que un miembro del tribunal conozca personalmente a uno de los testigos no implica necesariamente que dicho miembro tenga un prejuicio favorable al testimonio prestado por dicha persona habrá que determinar si la naturaleza e intensidad de la relación son de tal entidad que denoten una falta de imparcialidad por parte del tribunal»; Asimismo la STS 28-2-1994 (RAJ 6604) aún cuando en aquel caso desestimó el recurso de casación, analiza un supuesto en el que se aducía como causa de recusación el haber hablado un componente del Tribunal, antes del juicio, con un testigo sin la presencia de las partes.

Por el contrario, la solución predicable para el segundo supuesto difiere notablemente de la propuesta anterior porque «el testigo no se elige, sino que viene determinado por su relación histórica con los hechos»⁸². Precisamente la infungibilidad apreciable en la figura del testigo es la que favorecería la opción de separar al juez en el conocimiento del asunto cuando incurra en una relación familiar con el testigo, consiguientemente proponemos que se proceda a su inclusión dentro del elenco de causas de recusación.

III. RELACIONES INTERPERSONALES RECUSABLES

1. SER O HABER SIDO DEFENSOR JUDICIAL O INTEGRANTE DE LOS ORGANISMOS TUTELARES DE CUALQUIERA DE LAS PARTES, O HABER ESTADO BAJO EL CUIDADO O TUTELA DE ESTAS.

A) FUNDAMENTO.

La previsión normativa de esta causa de recusación comporta una objetivación del sentimiento de afectividad o proximidad que se estima implícito *iure et de iure* en cualquiera de las instituciones que detalla el precepto⁸³.

⁸² GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 9 ed., Valencia, 2000, p. 322, reseña precisamente la infungibilidad del testigo como nota diferencial respecto del perito.

⁸³ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...* op cit supra, p. 382, equipara el fundamento de esta causa de recusación con la del

En efecto la proyección de pasado que contempla la expresión «haber sido», sugiere la apreciación de forma objetivada de la concurrencia de un sentimiento que define la institución referida. De ahí que para estimar concurrente esta causa de recusación sea suficiente acreditar la existencia de la relación tutelar en un momento previo al proceso, aunque en la actualidad se hubiese extinguido, con independencia de la permanencia en el tiempo del sentimiento afectivo que se estiman implícito.

Dos son los motivos que integran esta causa de recusación distintas en cuanto a su alcance y ámbito temporal. Por un lado, está previsto «ser o haber sido defensor judicial o integrado organismos tutelares de cualquiera de las partes», y por otro lado, «haber estado bajo el cuidado y la tutela de éstas».

B) ÁMBITO TEMPORAL.

El diverso ámbito temporal que describe una y otra causa obedece a razones de lógica jurídica, porque cualquiera de los casos que disponen la

parentesco por consanguinidad o afinidad y declara que «se funda en el afecto que crean las mutuas relaciones entre el guardador o tutor y el pupilo; afecto que puede contribuir quizás a poner en peligro la imparcialidad o cuando menos puede dar motivo para que se sospeche de ella; y basta esa posibilidad como deducción lógica de la razón y de la acción de la justicia humana, según ha dicho autor, para que el legislador haya tenido que cosignar en sus códigos el remedio de la recusación, con objeto de evitar las consecuencias de la falta de imparcialidad motivada por dicha causa»

sujeción de la persona a un régimen de tutela es incompatible con el ejercicio simultáneo de la función jurisdiccional.

Por ello sólo en el primer supuesto, cuando el juez fuese el sujeto activo de la función tutelar respecto a cualquiera de las partes, el legislador contempla la sujeción a la institución tutelar tanto en una perspectiva de pasado como de presente, y no a la inversa.

C) ACEPTACIÓN DE LA ANALOGÍA COMO ELEMENTO DEFINIDOR DEL ÁMBITO MATERIAL DE ESTA CAUSA.

Las instituciones de protección del menor e incapaz que refiere el precepto de forma expresa son dos: el defensor judicial y la participación en organismos tutelares.

El defensor judicial configura un cargo de derecho privado cuyo titular es nombrado por el juez para la representación y amparo de menores, incapaces y declarados pródigos, mediante los poderes y facultades atribuidas de forma expresa por la autoridad judicial, cuando concurra conflicto de intereses entre éstos y los padres, el tutor o el curador⁸⁴. Por consiguiente, su establecimiento afecta al ejercicio del cargo tutelar o patria

⁸⁴ Cfr. FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, Madrid, 1990, p. 183.

potestad, pero no comporta una modificación de la titularidad del cargo protector.

Asimismo, el precepto hace referencia a la participación en organismos tutelares, y en este sentido a la tutela que se halla configurada por un conjunto de derechos y deberes dirigidos al cuidado y representación de la persona y patrimonio del tutelado⁸⁵.

Por su parte, el segundo apartado que define esta causa de recusación además de la institución tutelar hace referencia al cuidado de la persona. Esta expresión, sin necesidad de forzar el tenor legal de la norma permitiría hacer extensiva su comprensión a la institución de la guarda de menores, la cuál «suspende» la facultad de custodia de los titulares de la patria potestad y la confiere a una persona o institución administrativa⁸⁶.

De esta forma, a su amparo tendría cabida la guarda de hecho introducida por la ley de 24 de octubre de 1983, definida como una situación en la que de forma convencional se confiere la guarda de menores e incapaces, a determinadas personas, sin nombramiento judicial. Ahora bien, el inconveniente

⁸⁵ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de derecho de familia*, op. cit., p. 462, afirma que la tutela en cuanto constituye una institución subsidiaria de protección y asistencia de los menores e incapacitados «es pues un sucedáneo de la patria potestad cuando falta el poder paterno o materno».

⁸⁶ PÉREZ MARTÍN, *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1998, p. 95.

que se plantea es que al estar referida a la relación de la parte hacia el juez, al amparo de una interpretación rigurosa y restrictiva no puede estimarse incluida la contraria, esto es, la guarda de hecho del juez hacia la parte⁸⁷.

En efecto, es manifiesta la inadecuación del término «organismos tutelares»⁸⁸ utilizado en la definición del primer inciso de esta causa de recusación, porque la acotación especialmente rigurosa que lleva a cabo excluye todas aquellas modalidades de protección de menores en las que no existe una función tutelar⁸⁹.

En este sentido, no tendría cabida el acogimiento de menores regulado por vez primera en

⁸⁷ IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996, p. 336, para quien la guarda de hecho se caracteriza por la forma meramente privada en la que se realiza el acto y por la ausencia de toda garantía y formalidad.

⁸⁸ GUASP DELGADO, *Comentarios... op. cit.*, p. 590, manifestó la conveniencia de forzar el marco interpretativo del art. 189.5 para posibilitar la inclusión de la figura jurídica del protutor y del vocal del consejo de familia, aduciendo «ser la misma ratio legis la que existe en uno y otro caso», y declaró que «una interpretación restrictiva se inclinaría, infundadamente, a negar la existencia de un motivo de recusación por respeto excesivo a la letra de la ley». En el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...op. cit.*, p. 31; PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, op. cit., p. 325, que también reclamaba una fórmula más amplia en la que tuvieran cabida todos los casos de representación.

⁸⁹ EGEA FERNÁNDEZ, «El acogimiento simple» en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 92, que establece la diferencia entre el régimen tutelar caracterizado por la atribución de la representación legal, lo que significa que comprende tanto los aspectos personales como patrimoniales, y la institución de guarda que se limita a «velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral».

la ley 21/1987, de 11 de noviembre, y desarrollado LO 1/1996, 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC.

Sin embargo constituye un referente obligado en cuanto contempla la guarda administrativa como nueva institución de protección del menor que adopta diversas modalidades para su ejercicio: acogimiento familiar y acogimiento residencial⁹⁰.

En el primer supuesto, el acogimiento familiar se ejercerá por la persona o familia que determine la entidad pública, la cual viene a sustituir con carácter temporal a la familia originaria. Así pues, dado el tenor del art. 173 CC, «el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia», todas las modalidades de acogimiento familiar permiten inferir, de manera razonable, que entre acogedor y acogido existe la prevención de que concurren sentimientos y afecciones, similares a las que detalla el vínculo de parentesco al que se equipararía.

En el segundo supuesto, cuando se trata de acogimiento residencial no ocurre lo mismo. Este se detalla en el art. 172.3 CC, que afirma que «el cuidado y protección del menor se ejercerá por el

⁹⁰ Sobre el contenido de la guarda administrativa de la regulación del Código civil vid, extensamente, por todos MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Granada, 1999, p. 349 y ss, en el ámbito autonómico la misma autora, *La regulación autonómica de la*

director del centro donde estuviese acogido el menor».

En nuestra opinión, esta modalidad de protección del menor no se corresponde con una relación intensa y directa entre las personas implicadas, por lo que no debiera constituir hecho integrador de esta causa de recusación.

Por todo lo anterior, aun cuando la naturaleza autónoma de la figura jurídica del acogimiento respecto al régimen tutelar y de guarda ha sido puesta de manifiesto por la doctrina civilista⁹¹, en tanto que constituye un exponente más de la categoría genérica de la delegación de potestades paternas o tutelares en defensa del menor, debiera posibilitarse una interpretación analógica que permita su inclusión.

Al mismo tiempo esta causa de recusación debiera constreñirse a identificar una relación interpersonal, entre el juez y la parte, y en consecuencia no debe hacerse extensiva a aquéllas que entren dentro del ámbito del ejercicio de un cargo profesional.

La doctrina, ante la dificultad de incluir estas instituciones caracterizadas por un acusado carácter tuitivo en el ámbito de comprensión de la

guarda administrativa de menores, Barcelona, 2000.

⁹¹ Vid. HÉRAS HERNÁNDEZ, *El acogimiento convencional de menores. (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Madrid, 2002, p. 86.

norma, aboga por incluirlas en el marco de otras causas de recusación como es la amistad íntima que expresa una específica relación de proximidad⁹².

El inconveniente que procura esta solución radica en la dificultad de inferir la existencia e intensidad del sentimiento requerido del hecho de haber estado sujeto a la modalidad de acogimiento familiar. Sobre todo, por la inadecuación del hecho para acreditar la actualidad del sentimiento, esto es, inferir su permanencia en el tiempo de hechos que hubieren tenido lugar de forma muy distanciada al momento en el que se desarrolla el proceso.

2. AMISTAD INTIMA O ENEMISTAD MANIFIESTA.

A) CONCEPTO.

A diferencia de los demás motivos de recusación que consigna la ley, cuyo ámbito conceptual viene delimitado por hechos determinados y concretos, en este supuesto se hace invocación de un sentimiento, que puede ser de amistad o enemistad y que, como tal, permanece en lo más recóndito del intelecto humano⁹³.

⁹² PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad....* op cit, p. 60, ante la imposibilidad de efectuar una interpretación analógica aconseja acudir a la causa octava relativa a la amistad entre el juez y las partes.

⁹³ En efecto la doctrina califica esta causa de recusación como causa de carácter abstracto en contraposición a aquellas causas de recusación definidas por la concurrencia de un determinado hecho. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez*

La indagación de este estado psicológico del juez, arcano inescrutable del subjetivismo donde no es posible penetrar, debe hacerse a partir de datos o hechos de naturaleza objetiva que sirvan como instrumento traductor del pensamiento del sujeto.

Ello no significa que su objeto sea indeterminado, sino que es preciso probar la existencia de dicho sentimiento mediante la constatación del hecho del que trae su causa, sin que por otra parte, el hecho acreditado constituya motivo de recusación⁹⁴.

Tanto el sentimiento de amistad, entendido como aquél «afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato»⁹⁵, como el de enemistad asimilado por parte de la jurisprudencia al «odio, antipatía, encono, inquina, aversión, hostilidad o animadversión que el Juzgador siente respecto a alguna de las partes»⁹⁶, son conceptos sucintos que comprenden una extensa gama de relaciones con

y la incompatibilidad de funciones procesales, Valencia, 1999, p. 229, reseña la peculiaridad de las mismas al establecer que «las causas abstractas exigen, no sólo la prueba de un conjunto de hechos, sino también una verdadera valoración de los mismos para poder concluir que integran esta causa de recusación»; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios....op. cit.*, p. 29.

⁹⁴ En este sentido, CALVO SÁNCHEZ, «La recusación de jueces y magistrados (I)», *op. cit.*, p. 88, pone de manifiesto la dificultad de plasmar estos conceptos en su proyección jurídica, razón por la que el legislador no establece relación casuística alguna.

⁹⁵ Según dispone el DRAE 1984 vigésima edición en la voz amistad.

⁹⁶ Así lo declara la STS 28-6-1982 (RAJ 3581); 22-4-1983

diversa gradación, de ahí que la jurisprudencia, delimitando el propio precepto, requiera una cierta entidad en el mismo.

Cabría conceptuar esta causa de recusación como aquél estado psicogénico del juez hacia una de las partes, dimanante de sus relaciones personales y privadas, cuya entidad provoca una incompatibilidad con el equilibrio y ponderación que ha de presidir toda actuación jurisdiccional, de ahí que se posibilite su separación.

Son diversas las circunstancias que cualifican los sentimientos a que hace referencia esta causa de apartamiento del juez y que necesariamente deben concurrir para que la misma adquiriera transcendencia jurídica en el ámbito del proceso: unas han sido consignadas expresamente en la ley (intensidad del sentimiento y relación directa entre el juez y las partes); y otras se han ido perfilando por la Jurisprudencia (relación personal, privada y extraprocesal), que seguidamente pasamos a analizar.

B) REQUISITOS ESENCIALES.

B.1) CUALIFICACIÓN DEL SENTIMIENTO.

El legislador ha delimitado el amplio concepto

(RAJ 2300).

de la relación de amistad y enemistad al cualificar esta última con el término «manifiesta» y exigir el carácter de «intimidad» respecto de la primera, restringiendo de esta forma la extensión y alcance de esta causa de recusación.

b.1.1) Intimidad.

En lo que respecta al sentimiento de amistad, éste no se concreta en cualquier relación de simpatía, sino que sólo debe apreciarse constitutiva aquella relación de afecto que aparece connotada por la característica de la intimidad.

La intimidad es un concepto técnicamente indeterminado⁹⁷, pero en ningún caso es subjetivo⁹⁸. Por tanto, su estimación se subordina a que resulte acreditada la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas aprehensibles por los sentidos que, conforme a un «criterio social general»⁹⁹, se pueda considerar que dicha relación penetra en el ámbito privado de la persona, en su esfera de familiaridad.

⁹⁷ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios.... op. cit supra.*, p declara que «al no determinarse las reglas por las que pueda juzgarse el grado de intensidad ha de quedar éste extremo a la prudente apreciación del Tribunal que haya de resolver el incidente de recusación».

⁹⁸ Declaraba la STC 226/1988 que el sentimiento de amistad aparece caracterizado por la nota de intimidad «cuando penetra y se sitúa en la zona espiritual y reservada de la persona»

⁹⁹ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios ... op. cit.*, p. 37, subraya esta expresión.

Por consiguiente, quedan desvinculadas de dicha causa todas aquellas relaciones de mero conocimiento, de cortesía, e incluso afectivas de las cuales, por ser de carácter superficial, no puede inferirse circunstancia de intimidad alguna¹⁰⁰.

b.1.2) Manifiesta

El significado del término que adjetiva el sentimiento de enemistad no presenta una solución doctrinal unánime.

¹⁰⁰ Así la STS 26-11-1891 *JCrim.*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 47, núm. 199, p. 441, declara que vivir en una misma casa, aunque en diferente piso, y el pasear juntos o tomar café juntos, «no son de tal naturaleza que revelen la existencia de una íntima amistad (...) puesto que se refieren a actos que lo mismo pueden realizarse entre amigos íntimos que entre conocidos que tengan algunas relaciones sociales más o menos superficiales»; La STS 14-12-1891 *JCrim.*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T.47, núm. 240, p. 526, no estimó constitutivo de esta causa de recusación, «el hecho meramente casual de sentarse a comer en una misma mesa de un hotel o fonda un procesado, su defensor y el juez que conoce de la causa, la amistad de estos dos últimos y los saludos que por cortesía se cruzaron ambos con dicho motivo, no constituye por sí sola la causa legítima de recusación de amistad íntima». La STS 17-1-1964 (RAJ 248), declara que « la amistad recusable no debe identificarse con la cortesía aunque esta sea extremada y fuera de ocasión, tal estrechar la mano del querellado, acompañarle, mandarle sentar cuando el querellante ya lo había hecho, darle el original de la querella y permitirle redactar su declaración contra lo acostumbrado, actos estos últimos reclamables dentro del proceso penal si se consideraban objeto de recurso, pero no signos de amistad íntima, medida, según criterio social, por el trato continuo, relaciones mutuas de sentimientos correspondidos». Más recientemente la STS 13-7-1996, pone de manifiesto que no basta acreditar una relación de conocimiento o trato al señalar que «Las fotografías y el vídeo aportados solo ponen de manifiesto la asistencia de la denunciante, su esposo, la magistrada denunciada y el suyo a determinadas celebraciones, en unión de otras personas, que no necesariamente implican la existencia de la íntima amistad que la LOPJ exige, intimidad no simple amistad».

Por un lado, están aquellos para quien este calificativo presenta un significado análogo a «íntima», en cuanto alusivo al grado de intensidad que debe percibirse en la relación personal, y que permite justificar la separación del juez en quien concurre. Y por otro lado, no faltan quienes aprecian que tal locución tan sólo compromete un significado de publicidad, por lo que expresa que este sentimiento se haga ostensible y conocido por terceros¹⁰¹.

La primera acepción aparece insita en el concepto mismo de enemistad, en cuanto proyecta una intensidad determinada en la relación de desafecto como condición necesaria para apreciar su concurrencia.

¹⁰¹ MAGIN FÁBREGA Y CORTÉS, *Lecciones de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1928, p. 309, declara que «se trata de una frase vaga e insustituible porque la ley no ha podido determinar el grado de enemistad que es suficiente para fundar una recusación»; GUASP DELGADO, *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Madrid, 1968, p. 146, requiere una semántica equivalente para ambos términos; SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal civil y penal...op. cit.*, p. 193, considera que «la amistad y la enemistad deberán tener una intensidad que se salga de lo corriente de las relaciones normales sociales», justificando su asimilación a «grave» por cuanto su relación con la «amistad íntima» es más proporcionada, y porque la intensidad de la enemistad justificaría mejor la recusación que la mera exteriorización de una simple enemistad que sin ser transcendente, sí puede ser manifiesta»; En el mismo sentido se expresa GONZÁLEZ MONTES, *Instituciones de derecho procesal*, T. I, 3ª ed., Madrid, 1993, p. 201; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil I*, Madrid, 1991, p. 396, entiende que el adjetivo «manifiesta» supone «la exigencia de que la animadversión sea real y seria y no imaginaria o insignificante»; en contra VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia de la LEC*, 4ª ed., Madrid, 1989, p. 230, para quien «manifiesta» es sinónimo de evidencia, de presencia inequívoca de signos externos.

Por el contrario, apreciar la concurrencia de esta causa desde la perspectiva de su segunda acepción, esto es, abstracción hecha de la intensidad del sentimiento, supondría que cualquier manifestación externa de aversión o antipatía, por nimia que ésta fuese, sería suficiente para estimar concurrente esta causa de separación¹⁰².

La jurisprudencia del TS aun cuando en la mayoría de los casos ha defendido una asimilación de la adjetivación gramatical que acompaña el término de enemistad, a ostensible o manifestada por hechos

¹⁰² Cabe reseñar el absurdo a que da lugar esta consideración como se constata al observar el distinto trato que ha recibido en diversas resoluciones una misma circunstancia como es «negarse el saludo entre el juez y la parte». Así en unos casos, no se ha considerado circunstancia acreditativa de enemistad por no haberse exteriorizado (Vid, SSTS 24-12-1886 *Jcrim. Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T.37, núm. 298, p. 638 ; 28-12-1886, *Jcrim. RGLJ*, T. 37, núm. 303, p. 649; 14-6-1922, *Jcrim. RGLJ*, T.108, núm. 123, p. 295, expresamente señala que «la enemistad manifiesta ha de demostrarse por actos externos, sin que, conforme a lo que reiteradamente tiene declarado este Tribunal Supremo, sea bastante para deducirla como motivo de parcialidad el mero hecho (...) de dejar de saludarse dos personas sin conocerse la causa, ni constar de quien partiera la iniciativa, lo que por sí sólo no significa esa enemistad manifiesta»; en el mismo sentido la STS 2-12-1958 (RAJ 3723); Por el contrario, la misma circunstancia «dejar de saludarse dos personas» sí fue considerada motivo suficiente para acreditar concurrente dicha causa de recusación, por el mero hecho de evidenciarse en público, así la STS 9-12-1896, *JCrim. RGLJ*, T. 57, núm. 214, p. 382, justifica su inclusión señalando que «la enemistad manifiesta que como motivo de recusación a un juez señala la ley, según la frase misma indica, no ha de demostrar un mayor o menor rencor u odio, y si sólo que esa enemistad sea cierta, positiva y evidente, en cuyo concepto no puede dudarse que existe entre el juez y la parte (...) el hecho de haber el primero en público, y a presencia del grupo de personas que respectivamente a uno y a otra acompañaban, ofendido y avergonzado a la segunda, haciendo alarde de que a ella no dirigía el saludo demuestra una verdadera antipatía».

externos¹⁰³, también ha esgrimido el «criterio de la suficiencia» al resolver sobre la procedencia o no de esta causa de recusación¹⁰⁴.

¹⁰³ Así se manifiesta la STS 18-5-1932 (RAJ 2023) que requiere «la existencia de un estado pasional en el juzgador(...)de aversión, odio, inquina, malquerencia o antipatía expresivo en cualquier forma de mala voluntad, plenamente exteriorizada y satisfactoriamente acreditada»; por su parte, la STS 26-2-1951 (RAJ 185), declara que «estos reprobables sentimientos habrían de señalarse ostensiblemente con otras manifestaciones externas»; la STS 13-4-1955 (RAJ 939) define manifiesta como «puesta al descubierto de modo ostensible por actos de exteriorización del recusado que la revelen y la demuestren»; la STS 27-9-1956 (RAJ 3349), asimismo declara que «esa enemistad tiene que ser manifiesta, ostensible exteriorizada por actos que la pongan de relieve»; por su parte la STS 4-7-1964 (RAJ 3379), requiere «elementos externos que lo demuestren». Así la STS 29-7-1998 (RAJ 5855) alude en esta acepción del término manifiesta al señalar que «nadie ha sido capaz de afirmar la existencia de algún incidente concreto (enfrentamiento, discusiones de algún tipo, actos positivos de distanciamiento o desprecio). Sólo nos hablan los testigos de rumores y creencias de las malas relaciones de ambos (...) pretendiendo hacernos ver que tales malas relaciones eran un hecho público y notorio». Por su parte la STS 24-1-1997 (RAJ 1236), sólo hace alusión a la enemistad manifiesta en cuanto «acreditada mediante hechos concretos y públicos que no dejen duda sobre su realidad».

¹⁰⁴ Vid la STS 24-12-1886, *JCrim. RGLJ*, T.37, núm. 298, p. 638, que declaró que «la enemistad consiste en contrariedad, malquerencia y aversión entre dos personas, y ese estado de ánimo ha de manifestarse para los efectos jurídicos por hechos externos», pero a continuación puntualiza que «no es bastante para deducir que entre dos personas haya la enemistad manifiesta, que en el orden judicial la ley estima como motivo de parcialidad, el hecho de negarse el saludo en los sitios públicos y en los actos en que por razón de sus respectivos cargos tengan que comunicarse». Por su parte la STS 28-12-1886, *JCrim. RGLJ*, T. 3, núm. 303, p. 649, señala que «el hecho de no cambiar el saludo dos personas no significa por sí enemistad mutua ni la de una hacia la otra, porque tal falta de relación, aunque llegara en algún caso a serlo de cortesía, no implica necesariamente la mala voluntad, ni el odio productores de aquel sentimiento o actitud». La STS 6-7-1927 *Jcrim. RGLJ*, T. 116, núm. 10, p. 31, dispone que «la indiferencia que los magistrados recusados declaran sentir hacia el recurrente, no entraña la enemistad manifiesta precisa para la existencia de esta causa de recusación». La STS 2-12-1958 (RAJ 3723) señala «la retirada del saludo y no aceptación de cartas, carecen de relevancia suficiente para demostrar dicha enemistad, sino a lo más, falta de amistad que no es motivo alguno de recusación». En el mismo

En consecuencia, cabría afirmar que el TS en este ámbito mantiene una postura ecléctica, puesto que si bien por un lado exige la exteriorización de ese sentimiento de desafecto, por otro condiciona la concurrencia de esta causa de recusación a la constatación de un sentimiento de enemistad. Y es precisamente en el momento de trazar el contenido de dicho concepto cuando imprime la intensidad que sustantiviza a la relación de desafecto.

En realidad, es necesario que el sentimiento de enemistad revista cierta entidad que justifique la prevención acerca de la imparcialidad del juez, pero no lo es menos que, en atención a la naturaleza de dicho sentimiento, se encuentre implícita la exigencia de su manifestación a través de hechos externos.

Parece incuestionable que la relación de enemistad deba ser acreditada¹⁰⁵, y dado que se trata

sentido la STS 14-6-1922 *JCrim. RGLJ*, T. 108, núm. 123, p. 295, declara que «no es bastante para deducirla, como motivo de parcialidad el hecho de dejar de saludarse dos personas, sin conocerse la causa, ni constar de quien partiera la iniciativa, pues si en algún caso puede constituir una falta de cortesía, no implica necesariamente la mala voluntad ni el odio determinantes de la expresada causa de recusación». Más recientemente la STS 24-4-1983 (RAJ 2300) procede a su desestimación puesto que «los motivos en los que funda la tacha de enemistad, son inanes e irrelevantes no demostrando una especial animosidad contra ninguno de los procesados». La STS 29-7-1998 en la misma línea declara «el que pudiera haber existido alguna divergencia(...) acerca de cuestiones puramente profesionales, sin que conste que hubiera tenido transcendencia alguna respecto de relaciones en el orden personal sería un hecho que nunca podría calificarse como enemistad manifiesta».

¹⁰⁵ Sin embargo, esta acepción no puede referirse exclusivamente al término "manifiesta" porque como señala GUTIÉRREZ CARBONELL, *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación*

de un hecho psicológico que permanece oculto en el interior del hombre, únicamente puede probarse a través de hechos físicos que se manifiestan a nuestros sentidos externos¹⁰⁶.

Esta es la razón por la que no podemos compartir la crítica, que cierto sector doctrinal ha efectuado a la equiparación que hace la jurisprudencia entre los términos «manifiesta» y «exteriorizada».

Consecuentemente, consideramos que no es admisible aceptar el concepto de «enemistad encubierta u oculta»¹⁰⁷, porque siendo la enemistad un estado psicológico que por definición permanece oculto, su exteriorización no sólo constituye una condición de eficacia, sino de su propia existencia.

Por ello entendemos que disertar acerca de la existencia de una enemistad encubierta, en cualquier caso, constituye una entelequia teórica sin ningún tipo de aplicación práctica, puesto que todas

complementaria: doctrina y jurisprudencia. T. I, dirigido por Conde Pumpido, Madrid, 1998, p. 434, «manifiestas, acreditadas o probadas han de resultar ambas, tanto la amistad íntima como la enemistad».

¹⁰⁶ Cfr BENTHAN, *Tratado de las pruebas judiciales*, Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, p. 26.

¹⁰⁷ Vid. PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial* op cit, p. 76, que estima «inadecuada la equiparación del término «manifiesta» a aparente por que puede existir una enemistad real y grave pero oculta y, a la inversa, una enemistad poco grave pero conocida»; GONZÁLEZ MONTES, *Instituciones de derecho procesal*, op. cit., p. 201, también señala que para ser apreciada concurrente no se precisa «el ser notorias o conocidas por terceros»; GUASP DELGADO, *Comentarios....*, op. cit, p. 592.

aquellas cuestiones referentes a su aplicación y prueba quedan desde un principio descartadas¹⁰⁸.

B.2) EXAMEN DE LA LIMITACIÓN SUBJETIVA DE ESTA CAUSA.

El ámbito subjetivo de la relación personal que refiere el precepto se constriñe únicamente a la relación entablada entre el juez y cualquiera de las partes.

Precisamente, la restricción subjetiva que se advierte en la conformación de esta causa, en comparación con la establecida en el ámbito de las relaciones familiares donde si se hace extensiva a los abogados y procuradores, parece obedecer a un juicio de oportunidad legislativa. Así cabría llegar a la consideración de que cualquiera de los vínculos familiares que detalla la norma objeto de análisis, refleja una presión mayor para la obtención de una resolución de contenido favorable, que la que supondría la amistad íntima, lo que justificaría el establecimiento de un ámbito subjetivo que difiere en uno y otro caso.

¹⁰⁸ JHIERING, *Bromas y veras en la Ciencia Jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, Trad. Banzhaf, Madrid, 1987, p. 232, que en la crítica que efectuó a los conceptualistas dogmáticos resaltaba que, «la facultad de pensar idealmente constituye la ventaja peculiar del jurista teórico, y ella consiste en la facultad de desligarse, en el pensar jurídico, de todos aquellos presupuestos que atañen a la realización práctica de los problemas(...)». De ese modo se elimina la antítesis entre el pensar y la realidad, que tanto da que hacer a todos los demás mortales. El teórico se encuentra así a la altura del idealismo filosófico, para el cual el mundo real

No obstante admitir la diferencia de matiz, lo cierto es que la razón que subyace a ambas causas es sustancialmente idéntica. Por ello creemos que debiera revisarse la imprevisión legal de la amistad íntima entre el juez y los representantes de las partes como circunstancia que objetiviza una sospecha razonable y justificada de la imparcialidad del juez, sobre todo para favorecer la asepsia del entorno en el que ha de llevar a cabo su labor jurisdiccional.

Esta es la consideración esgrimida por la doctrina mayoritaria que aprecia en dicha concreción una limitación injustificada del derecho fundamental al juez imparcial, y exhorta la inclusión de los abogados y procuradores de cualquiera de las partes en el ámbito subjetivo que perfila esta relación recusable¹⁰⁹.

Precisamente, en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico este supuesto ha sido establecido como causa de recusación legítima, e inclusive se hace extensiva a aquélla que se hubiese entablado entre el juez y los representantes legales o necesarios de estas¹¹⁰.

es una pura ilusión».

¹⁰⁹ A diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que amplían los límites subjetivos de esta causa de recusación. Así el Código de Procedura civil de 20 de octubre de 1940, establece como causa de abstención en el art. 51.2 y 3 «la relación de amistad íntima definida como «comensal habitual» o enemistad grave entre el juez mismo o su mujer con una de las partes o alguno de sus defensores».

¹¹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil I*, Madrid,

Antes de la LOPJ de 1985 esta aspiración doctrinal estuvo reconocida por la Jurisprudencia que al amparo de una legislación imprecisa, que no disponía los límites subjetivos del precepto, declaró como relación recusable la amistad íntima entre el magistrado y el procurador de una de las partes¹¹¹.

1991, p. 396, estima que dada la finalidad del instituto debiera extenderse además de a las partes y a los abogados, a los representantes legales o necesarios de las partes; Esta impetración, también, puede observarse a lo largo de los diversos trabajos que en materia de recusación a efectuado CALVO SÁNCHEZ, «La recusación de los jueces y magistrados (I)», op. cit, p. 89; «Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la LEC de abril de 1997», *Revista General del Derecho*, 1998, núm. 642, p. 1784 ; «Análisis y sugerencias sobre la regulación de la abstención en el borrador de la LEC (abril 1997) y en el anteproyecto de la LEC (Diciembre de 1997)», *Revista del Poder Judicial*, 1998, núm. 50, p. 266; «La abstención y recusación en el Proyecto de ley de enjuiciamiento Civil de 13 de noviembre de 1998» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 29-7-1999, núm. 401, p. 4, en la que lamenta que no se extienda su ámbito a los representantes en general, es decir, tanto a los representantes procesales como a los representantes en el proceso; «La abstención y la recusación en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *Diario Jurídico Aranzadi Online*, 1-12-1999, p. 3.

¹¹¹ Vid en STS 19-11-1983, *Justicia*, 1984, núm. I, p. 211-217, que resuelve respecto de la impugnación del auto desestimatorio de la recusación de 25-2-1983, *Justicia*, 1983, núm. 3, pp. 663-670, y señalaba «entre las causas legítimas de recusación establecidas por la ley, la de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 54 señala en el núm. 10 y en relación con su art. 52, que los jueces y magistrados, cualquiera que sea su grado y jerarquía podrán ser recusados por motivo de "la amistad íntima", expresión como se ve, que al contrario de lo que acontece con las causas que le preceden, es hartamente lacónica, por falta de aditamento alguno que la perfile, lo que ha dado origen a encontradas y diversas opiniones entre los tratadistas y estudiosos del derecho, proclives, una parte, a interpretar el precepto en el sentido de cobijar en su seno- entre otros casos a los que también podría ampliarse- a los Abogados y Procuradores , y opuesta otra, a esa extensión, por cerrarse en el examen del artículo en su conjunto y en su interpretación unitaria, con la que se excluyen por completo a los que no sean parte, en sentido procesal, en el asunto de que se trate, tendencia, esta última,

Ello no obstante, la claridad con la que la LOPJ de 1985 expresa la voluntad del legislador, limitando su comprensión a la relación personal entablada entre el juez y quienes están legitimados para recusar, no permite adoptar ninguna interpretación extensiva.

Precisamente la ampliación de los límites subjetivos que perfilan esta relación recusable, quizá por constituir una petición doctrinal constante y unánime, estuvo presente en la tramitación parlamentaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, si bien únicamente referida a la amistad íntima o enemistad manifiesta del juez con los abogados de las partes.

Diversas fueron las vicisitudes que experimentó su regulación, en cuanto que presentada la enmienda nº 1096¹¹², tal previsión normativa fue incorporada al paralelo proyecto de reforma de la LOPJ¹¹³¹¹⁴. Definitivamente su previsión legal quedó postergada

no correcta, en el fondo, en cuanto cada una de las causas de recusación lleva en sí mismas expresadas sus limitaciones objetivas, y no pueden, por analogía extenderse éstas, ni a la amistad íntima ni a la enemistad manifiesta, pues de hacerse se quebraría el deseo del legislador que, si hubiera querido ceñirlas a los mismos extremos que las demás, ni que decir tiene que lo habría hecho de la misma forma que lo hizo con ellas».

¹¹² Enmienda del GP Catalán (CiU) de supresión del art 98 por estimar que el contenido de dicho precepto debía integrarse en la LOPJ. Vid *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie A. núm. 147-12, 27 de julio de 1999, p. 725

¹¹³ Vid *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie A. núm. 148-11, 27 de julio de 1999, p. 38

¹¹⁴ Vid *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie A. núm. 148-12, 7 de Septiembre de 1999, p. 45.

por tiempo indefinido al ser rechazada la reforma de la LOPJ, en su votación de conjunto.

No obstante lo anterior, la conveniencia de reflexionar respecto a la innovación pretendida en este aspecto, obedece no sólo a la incidencia que para futuras reformas legislativas pudiera tener el contenido de dicho artículo, sino para constituir un elemento interpretativo en esta materia.

Cabe señalar que la extensión subjetiva con la que especuló el legislador en dicho proyecto, por un lado no satisfacía plenamente las aspiraciones doctrinales por su limitación, y por otro lado, excedía del ámbito que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado razonable .

En primer término, esta previsión adolece de un marcado carácter fragmentario e insuficiente por cuanto que sólo contempla la relación de amistad personal del juez con los abogados de las partes. La referencia expresa subraya su carácter de excepción, y determina la exclusión de cualquier interpretación extensiva que pretendiera incluir dentro de su ámbito de comprensión la relación de amistad del juez y los procuradores. Máxime si tenemos en cuenta que otros motivos de recusación, consignados en el mismo artículo, sí aluden de forma expresa a ambos profesionales¹¹⁵.

¹¹⁵ El artículo 219.2 y 5 LOPJ.

Entendemos que la inclusión dentro de las causas de recusación de la relación personal intensa entre el juez y el abogado de cualquiera de las partes supone el reconocimiento legal de que tal circunstancia constituye un factor que puede llegar a actuar sobre la psique del juez privándole de la libertad necesaria para dictar una resolución imparcial, o por lo menos alterar el «escenario» adecuado a tal fin. Por este motivo carece de justificación la exclusión de aquellos otros profesionales, que junto con los abogados, complementan la capacidad de postulación de las partes en el proceso.

En segundo término, la reforma proyectada definía como circunstancia recusable, no sólo el sentimiento de amistad entre el juez y los abogados de las partes, sino que también refería el sentimiento de enemistad.

La reflexión que ya hiciera el Tribunal Constitucional¹¹⁶ respecto a la inclusión de la relación personal de la enemistad del juez con el abogado no queda reflejada en esta previsión legal.

Precisamente, la inclusión dentro de las causas de recusación de la relación de amistad íntima entre el juez y el abogado de una de las partes, encontraría su justificación en la imposibilidad que tiene la otra parte de exigir el

¹¹⁶ ATC 204/1998, de 28 de Septiembre, La ley, núm. 4677

cambio de letrado que asiste a la parte contraria, y por tanto en la indefensión que podría conllevar la concurrencia de dicha circunstancia¹¹⁷. Por consiguiente, su previsión como causa de recusación aparece como el único mecanismo de que dispone la parte contraria para denunciar la posible falta de imparcialidad judicial¹¹⁸.

Por el contrario, cuando se trata del sentimiento de enemistad entre el juez y el abogado no puede defenderse la misma conclusión, y ello en atención a que es la parte que podría resultar perjudicada por dicha relación, verdadero titular del derecho a recusar, quien libremente elige a quien confiere su asesoramiento técnico en el proceso.

1998; 265/1988; 117/1997

¹¹⁷ CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. Sentis Melerdo y Medina, 1936, p. 118- 119, señala otro fundamento a la inclusión dentro de las causas de recusación al declarar que «la amistad personal entre el juez y el abogado no es, al contrario de lo que creen los profanos, un elemento que pueda favorecer al cliente; porque si el juez es escrupuloso, tiene tanto temor de que la amistad pueda, sin darse cuenta, llevarlo a ser parcial a favor del amigo, que, naturalmente se siente llevado por reacción contrario a ser injusto en contra suya. Para un juez honrado, que debe decidir una controversia entre un amigo y un extraño, es necesaria mucha más fuerza de voluntad para dar la razón al amigo que para quitársela; se necesita más valor para ser justo, aun a riesgo de parecer injusto, que para ser injusto, siempre que queden a salvo las apariencias de la justicia».

¹¹⁸ Vid la enmienda del Grupo Socialista núm. 206 y la del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida núm. 1.628 al proyecto de LECi. *Diario de Sesiones, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A*, núm. 147-9, de 26-3-1999, p. 642.

Esta es la razón por la que el TC, con buen criterio¹¹⁹, en éste último supuesto estima que «la solución más acorde con las garantías del art. 24 CE no consiste en que el juez se aparte del proceso, sino en que el justiciable decida si le conviene mantener el defensor que había elegido»¹²⁰.

De esta manera, asegurándose en todo caso que la elección de un asesor técnico no excluye la actuación de un juez o magistrado determinado, se logra evitar que la elección de letrado constituya el pórtico de verdaderas actuaciones fraudulentas,

¹¹⁹ En este sentido se ha manifestado el TC en el ATC 226/1988 que declara que «el art. 219 de la LOPJ ha zanjado la cuestión, imponiendo la interpretación restrictiva»; el ATC 265/88 constriñe este motivo de recusación «a las personas en cuanto éstas sean partes en sentido técnico procesal, pues ellas y no quienes los representan y asisten en juicio son los titulares de los derechos a la tutela judicial, a las garantías procesales, al juez independiente e imparcial y a la no indefensión», lo que justifica señalando «El letrado ni es parte, ni es justiciable, sino asesor técnico de quien es una y otra cosa, y en consecuencia el legislador no incumple ni viola ningún mandato constitucional al no reconocerle el derecho a recusar». El ATC 117/97 llega a afirmar que «en la hipótesis, que aquí no ha sido demostrada, de que existiera aquella manifiesta enemistad, la solución acorde con las garantías del art. 24 CE, no consiste en que el Juez se aparte del proceso, sino que el justiciable decida si le conviene mantener el defensor que había elegido. La imparcialidad lo es respecto a quien solicita la tutela judicial y no en relación con quienes, colaborando con la justicia, representan y defienden a los justiciables»; concluyendo el ATC 204/98 que «la falta de previsión legal, como motivo de recusación, de la enemistad manifiesta de los jueces y magistrados con los letrados de las partes que intervengan en el pleito o causa no supone lesión alguna del derecho fundamental a la imparcialidad del juez, que sólo asiste al justiciable; ni lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del abogado (art. 24.1 CE) ya que no es el Letrado quien demanda dicha tutela, ni le asiste un derecho o interés legítimo para cuestionar la imparcialidad del juez por motivos relacionados con su persona».

¹²⁰ Cfr. ATC 117/1997.

en cuanto que el motivo de su elección pudiera ser precisamente evitar que el proceso se sustancie ante un determinado juez o magistrado.

B.3) CARÁCTER DIRECTO DE LA RELACIÓN.

Unicamente podrá aducirse el sentimiento de amistad o enemistad cuyo origen se halle en el ámbito de las relaciones interpersonales¹²¹, no siendo admisible la que podríamos denominar «amistad o enemistad derivada». Por esta última debemos considerar aquélla que no tiene una manifestación directa de persona a persona, entre el juez y la parte, sino que se deduce como consecuencia de la pertenencia de éstos a un grupo o colectivo de personas enfrentadas¹²².

¹²¹ En este sentido la STS 15-6-1987 (RAJ 4805), afirma «las causas de recusación se agotan en relaciones entre personas concretas, sin que quepa extrapolar hacia los respectivos supuestos legales aquellos comportamientos, denuncias, acusaciones, enemistades, etc., carentes de proyección directa y segura en el orden individual».

¹²² Vid SSTS 1-12-1892, *JCrim. RGLJ*, T. 72, núm. 132, p. 484, considera no constitutiva de causa de recusación «la amistad íntima entre un magistrado, objeto de aquella, y un arzobispo perteneciente a la Corporación religiosa que es parte en el pleito»; STS 13-7-1894, *JCrim. RGLJ*, T. 53, núm. 35, p. 85, habiéndose aducido que el hijo del recusante había interpuesto querrela frente al juez recusado y que el propio recusante había actuado como letrado director en la querrela presentada, la recusación fundada en enemistad manifiesta fue desestimada; STS 27-1-1897 *JC RGLJ*, T. 81, núm. 42, p. 173, declara que «no constituye causa legítima de recusación la amistad que tenga o pueda tener el juez recusado con una tercera persona ajena al litigio»; STS 13-4-1955 (RAJ 939), pretendiendo derivar la enemistad manifiesta de la denuncia que contra el juez había formulado el hijo del recusante declara «la denuncia revelará encono, malquerencia o aversión del denunciador hacia el

**B.4) OBJETIVACIÓN DE LA GÉNESIS DEL SENTIMIENTO.
MANIFESTACIÓN PREVIA AL PROCESO.**

Como anteriormente tuvimos ocasión de señalar, estimamos necesario que el sentimiento de afección y desafección hubiere sido manifestado con carácter previo al proceso, a través de hechos y actitudes que tengan lugar al margen del proceso en el ámbito de las relaciones personales y particulares entre el juez y la parte.

denunciado, pero no de éste hacia el que lo recusa, aunque sea el padre de aquel y habite en el mismo domicilio»; STS 7-10-1963 (RAJ 3955) concluye «los odios a que se refiere la ley son los personales y no los familiares y la animosidad se ha de concretar en palabras o actos precisos, directos e inequívocos»; más explícita resulta la STS 21-10-1986 (RAJ 5714), en la que fundada la recusación en la conjunción de dos circunstancias, por un lado, el resentimiento que el juez pudiera tener contra el Cuerpo de la Guardia Civil por haber sido en su juventud detenido por algún miembro de éste, y por otro lado, la pertenencia del recusante a dicho Cuerpo, declara como principio rector de la regulación legal «referirse a relaciones interpersonales, sin que puedan invocarse relaciones entre personas por su pertenencia a partidos o asociaciones rivales, a creencias religiosas opuestas, a corporaciones o clases de estado en conflicto, e incluso a familias enfrentadas, mientras las relaciones no se hayan traducido en actos recíprocos de los individuos que las forman», señalando a continuación para el caso concreto, «es obvio que la enemistad y hostilidad que se alega hacia la Guardia Civil, como instituto integrado en las Fuerzas de Seguridad del Estado, aún admitiendo que fuera grave y manifiesta, no facultaría a uno de sus miembros para instar la recusación por no hallarse entre los legitimados según el art 218.2, precisamente por inexistir relación personal inamistosa entre recusado y recusante»; así la STC 64/1997 de 7-4, en un caso en que el recusante justificaba la relación de amistad íntima del magistrado ponente con los titulares de los órganos de la Administración militar que habían dictado las resoluciones que ahora se impugnan en vía contenciosa administrativa en la condición de militar de dicho magistrado, manifiesta que para declarar conculcado el derecho al juez imparcial es necesario poner de manifiesto «la concreta relación que media entre el componente del órgano judicial cuya parcialidad se denuncia, y su relación con las partes».

Consecuentemente con la presunción de imparcialidad que adorna la actuación jurisdiccional se establece un orden lógico de razonamiento, en virtud del cual la apreciación de la existencia del sentimiento de amistad o enemistad, entre el juez y una de las partes, debe hacerse a través de la acreditación de aquellos hechos concretos de los que se deduce el sentimiento constitutivo de la causa, no de aquéllos que de ser ciertos constituirán su consecuencia, en todo caso.

Esta es la razón por la que la posibilidad de deducir la concurrencia de cualquiera de los sentimientos referidos del contenido de una determinada resolución jurisdiccional resulta muy restringida, a pesar de que la misma fuere manifiestamente desacertada e incluso contraria a derecho.

El concepto de «enemistad o amistad procesal» referido por la jurisprudencia, aún cuando no se ha concretado de una manera explícita se deduce de numerosas resoluciones recaídas al efecto, pudiendo definirse como aquél sentimiento que se infiere exclusivamente de la actuación desarrollada en el proceso por el juez recusado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que tiene atribuida.

La manifestación procesal de tal sentimiento, según constante jurisprudencia «no constituye, por sí sola, circunstancia suficiente para estimar acreditada la causa o causas de recusación, puesto

que, por regla general, y dentro de la más elemental normalidad, todas las resoluciones judiciales son beneficiosas o favorables para una de las partes y perjudiciales y lesivas para la otra»¹²³.

Por ello, como reseña elocuentemente el TS, «aun cuando la motivación no parezca convincente a una de las partes o incluso no lo sea en sí misma, no puede deducirse, sólo por ello, que han sido dictados bajo la inspiración de la amistad, la aversión o del interés si está como es preceptivo, razonado en derecho»¹²⁴.

El hecho de que la imputación concreta de enemistad manifiesta o amistad íntima entre el juez y una de las partes haya de inferirse de circunstancias fácticas que hubiesen acaecido fuera del proceso, se debe, primordialmente a que el incidente de recusación de un juez no es el instrumento procesal adecuado para revisar una actuación jurisdiccional precedente¹²⁵.

¹²³ Como observa las SSTs 9-6-1980 (RAJ 2570); 28-6-1982 (RAJ 3581); 22-4-1983 (RAJ 2300).

¹²⁴ Vid ATS 24-4-1993 (caso Filesa). *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 100.

¹²⁵ Las SSTs 4-7-1978 (RAJ 2794); 6-7-1978 (RAJ 2810), en un supuesto de rechazo «a limine» del incidente de recusación por amistad íntima y enemistad manifiesta basadas en una reiterada actividad procesal anterior de los magistrados recusados contraria a las pretensiones de los recusantes declara que «lo que realmente se propone y se trata de hacer valer como causa de recusación (...) es no ya tal amistad o enemistad meramente apuntada, sino la precedente y repetida discrepancia observada por los jueces en cuestión respecto a de anteriores pretensiones de los recusantes, lo que en modo alguno figura entre las admisibles causas de recusación susceptibles de ser debatidas en un incidente, que aparecería, en todo caso, desprovisto y carente

Por consiguiente, si la resolución se estima contraria a las pretensiones de la parte, inclusive si ésta es injusta o contraria a derecho, la parte podrá instar su revisión a través de los recursos establecidos por la ley, pero no a través del incidente de recusación¹²⁶.

Ciertamente, ninguna resolución judicial *per se* acredita dicho estado psicológico, por lo que inferir de la misma un sentimiento de afecto o desafecto, nos situaría más bien en el terreno de las conjeturas, con la inseguridad jurídica que ello genera¹²⁷.

de toda virtualidad».

¹²⁶ En este sentido resulta muy elocuente la STS 4-5-1976 (RAJ 2127) que señala que «la mala voluntad, inquina, despegó y animadversión que supone en el funcionario judicial, ha de ser personal, como obediente a un estado subjetivo, pasional y privado que manifieste la satisfacción de un impulso innoble precedente, a través de las decisiones procesales, puestas al servicio de una causa extraprocesal indefendible, y que imbuidas en tal inamistad, las desvíe de la rectitud, imparcialidad, ponderación y ecuanimidad que debe presidir el desempeño de la función judicial y el servicio de la justicia, por lo que si no se demuestra esa situación personal previa de enemistad, al margen de la función profesional, la misma no puede admitirse, por el hecho de contrarias resoluciones adoptadas contra la parte recurrente por el órgano colegiado penal en el ejercicio de su deber-función, que siempre delicadas y propensas al error, o equivocación en el supuesto de que los contengan, deben ser corregidas a medio de los recursos legales de todo tipo, pero que por su simple desacierto, no suponen el odio o aversión peculiar de la enemistad como causa impulsora de su contenido». Asimismo recoge que «la imputación concreta de enemistad manifiesta habría de acreditarse por medios ciertos, seguros y también concretos no pudiendo apoyarse en una relación de resoluciones judiciales presuntamente injustas que en todo caso darían lugar a otras y distintas pretensiones judiciales que jamás a la recusación de quien las dictara». En el mismo sentido las SSTs 29-4-1985 (RAJ 2144); 24-6-1988 (RAJ 5338); 2-2-1990 (RAJ 10503).

¹²⁷ Así declara la STS 7-7-1994 (RAJ 5779) que «la apelación a la existencia de un perjuicio o sentimiento de enemistad basada en el contenido de las actuaciones jurisdiccionales se mueve en

3. SUBORDINACIÓN.

La incorporación a las causas de recusación de la relación de subordinación de cualquiera de las partes con el juez constituye una novedad de la LOPJ 6/1985, ya que ni la LECrim 1882, ni la LEC de 1881 dispusieron esta relación como motivo de recusación.

El contenido material de esta causa recogida en el art. 219. 11 LOPJ, se perfila por la relación bilateral de subordinación en sentido unidireccional, esto es, de cualquiera de las partes respecto del juez que debe resolver la contienda litigiosa, no a la inversa.

En esta relación de dependencia se distinguen dos modalidades de subordinación, una de carácter orgánico o profesional, y otra de carácter externo o extraprofesional, atendiendo a que la misma se produzca en el ámbito del órgano jurisdiccional en el que ejerce su jurisdicción o fuera del mismo¹²⁸¹²⁹.

el terreno de las conjeturas, no siendo razón idónea para fundamentar una tacha de parcialidad».

¹²⁸ Precisamente el motivo invocado por la enmienda del Grupo Parlamentario socialista núm. 713 para incluir por vez primera esta causa de recusación en el elenco fue «introducir como causa de abstención y en su caso recusación el supuesto del personal que dentro y fuera del juzgado resulte ser dependiente del Juez titular o suplente». Vid. *Ley orgánica del poder judicial. Trabajos parlamentarios*, T. I, Madrid, 1986, p. 379.

¹²⁹ GUTIÉRREZ CARBONELL, *Enjuiciamiento Criminal...*, op. cit., p. 452.

A) RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN ORGÁNICA.

En la perspectiva orgánica o interna de la relación de subordinación, cabe apreciar, por un lado, una relación jerárquica funcional del personal que presta su servicio en el juzgado u órgano jurisdiccional del que es titular el juez o magistrado recusado, y por otro, una relación de subordinación del personal que presta su servicio para el juzgado o tribunal integrado en un cuerpo o escala especializado que auxilia o colabora con los jueces y tribunales.

Así, dentro del personal al servicio de la Administración que integra y ejerce sus funciones en el órgano judicial del que es titular el juez o magistrado, se comprende al Secretario judicial y al resto del personal de la Secretaría, entre los que se encuentran los oficiales, auxiliares y los agentes judiciales.

Estos últimos, si bien a nivel orgánico se hallan bajo la inmediata dirección del Secretario judicial, es el titular de la función jurisdiccional el que ostenta respecto de ellos la más alta jefatura y dirección. Por lo tanto, se puede afirmar que en sentido estricto existe una relación de subordinación respecto de los mismos¹³⁰.

¹³⁰ Respecto a un análisis pormenorizado del régimen orgánico del personal al servicio de la Administración de justicia LORCA NAVARRETE, *Introducción al Derecho Procesal. Organización judicial española y principios rectores del proceso español*, op. cit., pp. 427 a 485.

No ocurre lo mismo con respecto a la figura del Secretario judicial, ya que como pone de manifiesto MORENO CATENA¹³¹, recibe un tratamiento diferenciado en relación al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, ya que integra un cuerpo nacional que como tal actúa, con carácter de autoridad, mediante facultades que le son propias y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

El Secretario judicial, salvo en aspectos puntuales, actúa como colaborador o auxiliador necesario de los órganos jurisdiccionales, por lo que en puridad no se puede afirmar en sentido técnico que exista una relación orgánica de subordinación entre el juez y éste, ya que la relación que le vincula es de colaboración. Sin embargo, su adscripción al personal al servicio de la Administración de Justicia, junto al que configura el entramado orgánico de la oficina judicial, determina que, al margen de que exista en sentido estricto una efectiva relación subordinada, el hecho de mediar una relación laboral hace que también en relación al Secretario judicial que estuviera adscrito al órgano del que es titular el recusado advierta la concurrencia de esta causa.

La carencia legislativa existente en torno a la oficina judicial, que como tal ni siquiera se

¹³¹ MORENO CATENA, *Introducción al derecho procesal*, 3ª ed., 2000, p. 188 y ss.

contempla en el articulado de la LOPJ, dificulta su comprensión como unidad orgánica y procesal diferenciada. Sin embargo sí aparece especificada su configuración personal en el Reglamento Orgánico de Secretarios Judiciales¹³², en el art. 8, en cuya virtud la dirección de la oficina judicial corresponde a los Secretarios judiciales.

La relación de subordinación que configura causa de recusación es aquella que se establece respecto a los elementos subjetivos que integran la oficina judicial o secretaría judicial que actúa bajo la directa e inmediata dependencia del juez que es recusado. Por tanto, la prestación de estas funciones en aquellos servicios comunes, y oficinas de tramitación común que se configuran en la aspiración de superar a la tradicional oficina judicial burocrática y aislada, no permite integrar esta causa de recusación, por cuanto que no manifiesta la relación de inmediación requerida.

En segundo lugar, aun cuando en sentido estricto existe relación de subordinación al juez o magistrado respecto de quienes están integrados en otros cuerpos o escalas especializadas y prestan sus servicios a la Administración de Justicia en general (médicos forenses, escalas de técnicos facultativos, técnicos especialistas, auxiliares de laboratorio, policía judicial, traductores...), dicha relación no

¹³² Vid. RD 429/1988, 29 de Abril (RCL 975). Reglamento orgánico de Secretarios judiciales.

puede en abstracto configurar esta causa de recusación¹³³.

Aceptar que la simple pertenencia a un determinado cuerpo técnico o escala especializada que colabore o auxilie a la Administración de Justicia, es hecho conformador de esta causa de recusación, supone extender el ámbito material de la misma de una forma desmesurada e inadmisibile.

Por otra parte, tal opción no sería coherente con la finalidad que subyace a la misma, en cuanto que su establecimiento pretende, precisamente, evitar que la relación de proximidad que se halla implícita en la relación de trabajo no incida en el contenido de la resolución que debe dictar.

Por consiguiente, en este caso no basta aducir la relación de subordinación en abstracto, sino que, además, es preciso que la misma este cualificada por las notas de inmediatez y actualidad¹³⁴.

¹³³ Precisamente la STS 4-7-2002, Base de datos <http://tirantonline.com>, en una recusación fundada de un lado en que el acusado, médico de profesión, ejercía como forense en los juzgados de instrucción de Martorell y, en calidad de tal con mayor motivo, había informado como perito en reiteradas ocasiones ante los miembros del Tribunal que había de juzgarle; de otro, que la letrada defensora del acusado había ejercido, hasta fecha no lejana de la del juicio oral, funciones jurisdiccionales en el juzgado de primera instancia e instrucción de Martorell, cuyas resoluciones son recurribles ante la Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona a la que pertenecen los magistrados recusados. Recusación no aceptada por entender que tales relaciones, supuesta, no reales, ni están previstas en el art. 219 LOPJ, ni tienen analogía con las que en este precepto se relacionan.

¹³⁴ En este STS 11-1-1999 (RAJ 391) declara «colaborar en el desempeño de su cargo y en otras ocasiones con el Juez de

B) RELACIONES DE SUBORDINACIÓN DE CARÁCTER PRIVADO.

Asimismo, la relación de subordinación puede tener carácter externo o extraprofesional, surgida de las relaciones laborales de prestación de otros servicios, entre los que se incluyen tanto los que están retribuidos como los gratuitos, siempre que impliquen una relación de dependencia. Se incluye la relación de subordinación con independencia de su mayor o menor intensidad, con lo que se incluiría también la relación de servicio doméstico.

Quizá la amplitud con la que se formula el régimen de incompatibilidad del cargo de juez en el art. 389 de la LOPJ justifica el que de manera exclusiva se advierta como causa de recusación la relación de dependencia entre cualquiera de las partes y el juez, y no la relación de subordinación inversa, esto es, cuando cualquiera de las partes es

Instrucción en la averiguación de diversos delitos relacionados con el tráfico de drogas, no significa que esa colaboración e, incluso, subordinación de otras veces, haya de tener incidencia cuando se trata de hechos diferentes aunque de naturaleza delictual semejante, de tal manera que cuando el referido artículo 219 de la Ley Orgánica, en su apartado 11, habla de «subordinación» se está refiriendo a la «contienda litigiosa» en concreto, es decir, cuando el subordinado esté involucrado de algún modo en ese litigio o sea una de sus partes, cosa que no ocurre en el presente supuesto en el que de ningún modo el Comandante P. aparece en el sumario, ni como subordinado del Juez, ni con otro carácter de amistad o enemistad. Si entendiéramos lo contrario sería casi imposible, dada su competencia, que cualquier Juez Central pudiera instruir diligencias o incoar sumarios cuando figurara imputado un miembro de la Policía o de la Guardia Civil».

la que se halla respecto del juez en una situación de superioridad¹³⁵.

Ello no obstante, la excepción que al régimen de incompatibilidad judicial ha supuesto la posibilidad de desarrollar tareas docentes e investigadoras, así como la creación literaria, artística, científica o técnica, y las publicaciones derivadas de aquéllas, conlleva admitir la posibilidad de que en lo que al desempeño de estas actividades compatibles se refiere pudiera entablarse una relación de subordinación entre el juez y el empresario que le contrata para el desempeño de las mismas.

Como muy atinadamente pone de manifiesto VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, esto «acontecerá por ejemplo si es profesor de una universidad privada, en la que se producen relaciones de jerarquía, pues en definitiva, es empleado de una empresa en que dicha institución se integra, con estatuto de trabajador del sector privado y plenamente compatible con la actividad jurisdiccional»¹³⁶.

Nuestro Alto Tribunal, en un supuesto que ejemplifica la eventualidad de una relación de subordinación del juez respecto de cualquiera de las partes como consecuencia de la relación que se

¹³⁵ PRIETO CASTRO, *Derecho de los Tribunales*, op. cit., p. 294; GONZÁLEZ MONTES, *Instituciones de Derecho Procesal*, op. cit., p. 202.

¹³⁶ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, «La abstención de los jueces y

entabla entre el editor y el autor de una publicación, y en el que además pertenecía al Consejo asesor de la editorial, no estimó concurrente relación de subordinación alguna que justificase la separación del juez.

Así, en un conflicto en el que uno de los codemandados era una editorial que publicaba una revista jurídica a la que pertenecía el magistrado en calidad de consejero asesor no estimó relación de subordinación, limitándose a señalar que «la pertenencia al Consejo asesor de la revista jurídica limitada a la eventual y esporádica consulta sobre la línea científica de la publicación no entraña ninguna limitación al recto ejercicio de su función judicial»¹³⁷.

En definitiva, cabe reseñar que la relación de subordinación sólo puede plantearse entre el juez y cualquiera de las partes. No cabe incardinar, en el ámbito de aplicación de esta causa la relación de dependencia o de subordinación al juez con cualesquiera otras intervinientes en el proceso en concepto distinto al de parte¹³⁸.

Por otra parte, la relación de subordinación debe entablarse de forma directa entre el juez y la

magistrados», *Tapia*, núm. 67, marzo- abril, 1998.

¹³⁷ Vid ATS 10 -11-1999. (RAJ 9826).

¹³⁸ Así en el caso *Pullar vs. Reino Unido*, STEDH 10-6-1996, *Recueil de Arrêts* 1996, núm. III, pp. 783/ss., no estimó que la relación de subordinación de uno de los miembros del jurado en relación con uno de los testigos de cargo conculque el derecho al

parte. En este sentido se significó el TEDH en el caso Academy Trading Ltd y otros, contra Grecia¹³⁹, desestimando la conculcación de la imparcialidad que se justificaba, precisamente, en que las hijas de dos de los jueces trabajaban para un hombre de negocios muy vinculado al presidente de la entidad demandada.

C) ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN EN EL ÁMBITO CASTRENSE.

Precisamente, la nota de inmediatez y actualidad que debe caracterizar la subordinación que posibilita la recusación, adquiere un peso específico en la jurisdicción militar por el peculiar sistema de organización que rige en la institución militar en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales.

Por ello en éste ámbito la ley exalta la configuración subjetiva de esta causa y exige, de forma expresa, la relación de inmediatividad y la delimitación temporal de simultaneidad¹⁴⁰.

juez imparcial debido a las garantías ofrecidas por el Tribunal.

¹³⁹ Academy Trading Ltd y otros vs. Grecia, STEDH 4-4-2000 (TEDH 119).

¹⁴⁰ En este sentido SSTs de 10-5-2000 (RJ 6231); 4-11-1998 (RAJ 197); 17-1-1996 (RAJ 581); 24-10-1989 (RAJ 6955) que dispuso la actualidad como nota que cualifica la subordinación también en el ámbito del arbitraje.

Así la ley orgánica 2/1989 de 13 de abril procesal militar en el art 53.10, expresamente, requiere «tener a las ordenes directas a cualquiera de los inculpados o perjudicados o estar bajo su dependencia inmediata y directa, en el momento de cometer el delito, o en el de la celebración de la vista».

En este sentido resulta muy clarificador el TS¹⁴¹, en relación con la aplicación del artículo 53.10 de la Ley Procesal Militar, al declarar que «lo que la Ley quiere evitar, al establecer las causas de abstención y, en su caso, de recusación que contiene en su articulado, es la mediatización en el contacto personal y el trato cotidiano con superiores o subordinados, afectados por el procedimiento de que aquéllos conocen». La no exigencia de inmediación, en este ámbito conllevaría «la imposibilidad de instrucción de expedientes dada la relación jerárquica existente entre los miembros del Cuerpo».

Pero el legislador en el ámbito castrense va más allá, y amplía el contenido material de la relación recusable que establece con carácter general la LOPJ por cuanto que a diferencia de ésta no sólo prevé la relación de subordinación de las partes respecto del juez, también ha dispuesto la relación inversa. Por consiguiente, la superioridad de cualquiera de las partes respecto del juez en

¹⁴¹ Vid. STS 10-5-2000 (RAJ 6231).

éste ámbito concreto constituye circunstancia configuradora de causa de recusación expresamente contemplada. En este sentido el art. 53.10 referido dispone como causa de recusación «estar bajo su dependencia inmediata y directa».

La relación a que hace referencia el precepto debe entablarse entre el juez y cualquiera de las partes no con aquellos que en otro concepto intervengan en el desarrollo del proceso. En este sentido el propio TEDH ha estimado la vulneración del art. 6.1 por pérdida de imparcialidad en supuestos en los que el oficial convocante, era el superior jerárquico de los demás miembros del tribunal militar y podía aunque en circunstancias concretas, disolver éste y rehusar ratificar su constitución. Ahora bien en estos supuestos el derecho afecto no es la imparcialidad de cada uno de los componentes del tribunal individualmente considerados, por circunstancias que les afectan, sino la potestad jurisdiccional¹⁴².

¹⁴² Vid *Wilkinson y Allen vs. Reino Unido*, STEDH 6-2-2001 (TEDH 83); *Smith y Ford vs. Reino Unido*, STEDH 29-9-1999 (TEDH 41); *More y Gordon vs. Reino Unido*, STEDH 29-9-1999 (TEDH 42); *Caso Hood vs. Reino Unido* 18-2-1999 (TEDH 6); *Caso Findlay vs. Reino Unido*, STEDH 25-2-1997 *Recueil de Arrêts*, 1997, núm. 30, p. 263.

4. CAUSA DE RECUSACIÓN ESPECÍFICA EN LOS PROCESOS EN LOS QUE LA ADMINISTRACIÓN ES PARTE.

El artículo 220 LOPJ contempla una causa de recusación específica para los procesos en los que la Administración intervenga en calidad de parte, que viene a sustituir al antiguo art. 25 LJCA de 1956¹⁴³.

Esta causa de recusación se configura como una causa de naturaleza subjetiva que, en absoluto excluye la aplicación de las demás causas de recusación previstas en el art. 219¹⁴⁴. Por consiguiente, se presenta como una específica causa de recusación¹⁴⁵, para los procesos en los que la Administración intervenga en calidad de parte, que complementa el régimen recusacional establecido con

¹⁴³ El art. 25.2 LJCA establecía: «Se entenderán justas causas de recusación, además de las señaladas en la LEC, las siguientes: Tener parentesco de consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, con Autoridad o, dentro del segundo grado con funcionario con categoría de Jefe de Administración que estuvieren al servicio en la circunscripción territorial, del mismo ramo de la Administración General del Estado de que emanase el acto o de la Corporación o Institución de que proviniera. Encontrarse con la Autoridad o funcionario que hubieren dictado el acto o informado respecto del mismo, en alguna de las circunstancias mencionadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de los litigantes».

¹⁴⁴ Ya hemos señalado como el art. 25. 2, a) expresamente establecía el carácter complementario, no excluyente, de esta causa de recusación.

¹⁴⁵ En cuanto a su configuración como causa específica y no como un régimen específico de recusación para aquellos procesos en los que interviene la Administración puede verse, PERA VERDAGUER, *Comentarios a la ley de lo contencioso administrativo de 27 de Diciembre de 1956*, Barcelona, 1969, p. 144; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo contencioso Administrativo*, Madrid, 1965, pp. 358 y 359.

carácter general para todos los órdenes jurisdiccionales.

De este modo, su aplicación debe entenderse circunscrita de forma exclusiva a la relación de proximidad o distanciamiento, jurídico o social, que vincula al juez con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto, o que hubiese informado respecto del mismo, o realizado el hecho por razón del cual se sigue el proceso en alguno de las circunstancias que contempla el art. 219 (1- 8 y 11 y 12).

En efecto, todas aquellas circunstancias objetivas de recusación a que hace remisión este precepto, pese a su tenor literal no pueden estimarse incluidas en el mismo, porque ello desnaturaliza su verdadero significado.

Esta circunstancia de separación del juez no pretende evitar que exista una relación del juez con el objeto del proceso que le pudiere procurar un conocimiento externo y previo de los hechos que le son sometidos a enjuiciamiento, porque de ser ello así sería de aplicación directa cualquiera de las causas de recusación previstas al efecto en el art 219 de la LOPJ. Por ello, debe hacerse abstracción de aquellas causas de corte objetivo a las que, no obstante, hace remisión el precepto.

Ello significa que en caso de producirse una relación que vincule al juez con el objeto del

proceso o con cualquiera de las partes del proceso, no sería de aplicación esta causa de recusación, sino la causa concreta en la que quepa integrar dicha circunstancia¹⁴⁶.

IV. CONEXIONES INTERPERSONALES DEFINIDAS POR UNA RELACIÓN PROCESAL.

1. ESTAR O HABER SIDO DENUNCIADO O ACUSADO POR ALGUNA DE LAS PARTES COMO RESPONSABLE DE ALGÚN DELITO O FALTA.

La aplicación de esta causa tiene como base la denuncia o querella interpuesta por una de las partes frente al juez o magistrado, por mor al resentimiento o sentimiento de venganza que dicha circunstancia pudiera generar en el juez o magistrado frente a quien se formula.

Ahora bien, para su concurrencia no basta la mera interposición, porque ello sin duda alguna estimularía la interposición de denuncias o querellas carentes de todo fundamento, con la única

¹⁴⁶ Sin embargo no faltan quienes consideran que sí pueden incluirse supuestos tales como el que sea el propio juez el que hubiere realizado el hecho por razón del cual se sigue el proceso, esto es, cuando el proceso se sigue en virtud de una actuación material del juez que a posteriori debe resolver. Así PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad...* op cit., p. 122.

y exclusiva finalidad de separar al juez competente en el conocimiento del proceso¹⁴⁷.

Por ello, doctrina y jurisprudencia¹⁴⁸ considera necesario que tales actos procesales reúnan los requisitos necesarios para proceder en su virtud a la averiguación de los hechos y a la formación de un procedimiento penal¹⁴⁹, además de requerir con carácter general la interposición previa al inicio del proceso en el que se quiere hacer valer como causa de recusación y su admisión a trámite¹⁵⁰.

A) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

A.1) INTERPOSICIÓN PREVIA AL PROCESO

Con carácter general, se requiere que la denuncia o querella hubiere sido interpuesta con carácter previo a la iniciación del proceso en el que se quiere hacer valer ésta como causa de recusación.

Ciertamente tal exigencia, que ha sido una

¹⁴⁷ Sic GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* op. cit.. p. 32

¹⁴⁸ Vid STS 12-4-1886; 20-6-1900; 27-3-1901; 22-12-1909

¹⁴⁹ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* op. cit., p. 32; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...* op. cit., p. 379, señala que no basta la simple denuncia para proceder criminalmente contra los que desempeñan funciones judiciales sino que es indispensable la querella seguida del correspondiente antejuicio y aún en el supuesto de que se hubiese interpuesto querella, es preciso que haya sido admitida y que así conste para que pueda ser estimada como causa legítima de recusación.

¹⁵⁰ Vid STS 27-3-1901; STS 7-5-1901; STS 3-7-1901.

constante en la jurisprudencia¹⁵¹, pretende evitar que cualquiera de las partes lleve a cabo uno de estos actos procesales, con el exclusivo propósito de apartar al juez del conocimiento del asunto de una manera subrepticia, con manifiesto desprecio de las normas que determinan la competencia del órgano judicial.

Por ello, la condición del carácter previo, en último término, impide que la composición del Tribunal quede a voluntad de cualquiera de las partes¹⁵².

Ello no significa, sin embargo, que la recusación basada en la comisión de un hecho delictivo por parte del juez interin la sustanciación del proceso no pueda constituir causa válida de recusación. Naturalmente, si durante el transcurso del proceso principal el juez cometiera cualquier acto de naturaleza delictiva, y fuese denunciado o querellado por cualquiera de las partes, tal actuación puede integrar esta causa de separación del juez. En este caso, sin embargo, para prevenir un uso fraudulento de la recusación se deben extremar las garantías a la hora de admitir a trámite la querella, exigiendo especial rigor en la

¹⁵¹ SSTs 29-7-1998 (RAJ 5855); 30-3-1998 (RAJ 4239); 7-10-1963 (RAJ 3955); 24-1-1958 (RAJ 64); y el ATs 25-4-1994 (RAJ 4605).

¹⁵² Cfr. STs 29-7-1998 (RAJ 5855); STs 30-3-1998 (RAJ 4239) ATs 25-5-1994 (RAJ 4605); ATs 1-10-1990 (RAJ 9239).

observancia de los extremos que justifican su admisión¹⁵³.

A.2) ADMISIÓN A TRÁMITE¹⁵⁴.

Asimismo se requiere que la denuncia o querella hubieren sido admitidas a trámite, es decir, se requiere que ofrezcan visos de veracidad¹⁵⁵.

Esta exigencia adicional pretende evitar que, cualquiera de las partes, durante la sustanciación del proceso, intente prefabricar este motivo para apartar al juez que considere molesto¹⁵⁶.

¹⁵³ Así en el caso denominado «Operación Temple» la fiscalía especial para la represión y prevención de droga dedujo escrito de recusación frente a los magistrados integrantes de la sección cuarta de la Sala de lo penal de la Audiencia nacional, porque habiendo deducido querella por haber decretado la libertad provisional de un procesado de forma injustificada contra los mismos la misma había sido admitida a trámite por la Sala segunda del Tribunal Supremo.

¹⁵⁴ En contra SÁEZ JIMÉNEZ, *Compendio...* op. cit., p. 184, considera que dicha causa «al tener por fundamento la existencia de un sentimiento de odio, resentimiento o revanchismo, el mismo como factor subjetivo ha podido producirse con igual intensidad por el sólo hecho de la presentación de la denuncia o de la interposición de la querella, aunque las mismas hayan sido rechazadas, incluso agotado el trámite de apelación, que cuando habiendo sido admitidas y motivado el proceso, no hubieren producido para el juez consecuencias ulteriores, por no probarse la exactitud de los hechos en ellas alegadas»

¹⁵⁵ Así el art 269 LECrim faculta a inadmitir la denuncia. cuando fuese manifiestamente falsa o cuando el hecho denunciado no revistiere los caracteres de delito y el art 313 LECrim concreta como causa de inadmisión de la querella la falta de tipicidad y de competencia

¹⁵⁶ Vid STS 30-6-1998 (RJ 5285) según la cual «la querella por prevaricación no es motivo de recusación puesto que su interposición no la justifica si no se acredita su admisión a trámite». En el mismo sentido la STS 30-3-1998 (RAJ 4239); ATS

Hasta la LO 5/95 además de la exigencia de haberse formulado querella, no bastando la simple denuncia de los hechos, se requería la celebración del antejuicio¹⁵⁷.

El antejuicio constituía «un procedimiento previo que tenía por objeto examinar el contenido de la querella presentada por un particular contra un juez o magistrado por hechos delictivos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a fin de determinar si existían motivos bastantes para admitirla o por el contrario, proceder a su inadmisión por estimarla carente de fundamento»¹⁵⁸. Ciertamente se trataba de un trámite previsto para la admisibilidad de la querella de particulares contra jueces o magistrados, cualificado tanto por la razón del cargo del imputado (juez o magistrado), como por razón del delito cometido que debía cometerse en el ejercicio de sus funciones.

Derogada la regulación del antejuicio por la LO 5/95, la interposición de querellas contra los jueces o magistrados por hechos que hubiere cometido en el ejercicio de sus funciones, ya no está

4-4-1997 (RAJ 1455); 14-6-1996 (RAJ 4770); STS 7-10-1963 (RAJ 3955); STS 24 Enero de 1958 (RAJ 64) «para que tenga viabilidad esta causa de recusación es indispensable que los hechos que se imputan al recusado revistan los caracteres de delito o falta y que la denuncia ofrezca garantías de veracidad y que hubiera sido admitida dando lugar al correspondiente procedimiento judicial».

¹⁵⁷ Vid STS 2-12-1958 (RAJ 3723); 20-12-1912 ; 7-3-1902 y 3-7-1902

¹⁵⁸ GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 332.

sometida a los presupuestos temporales, formales y documentales que el mismo requería¹⁵⁹ .

B) LA CUALIDAD DE PARTE COMO ASPECTO DELIMITADOR.

Para la aplicación de esta causa lo único que exige la ley es que cualquiera de las partes del proceso principal, independientemente del orden jurisdiccional ante el que se sustancie el mismo, hubiese interpuesto una denuncia o querella contra el juez o magistrado frente a quien se deduce la recusación.

En primer lugar cabe destacar que no se requiere que exista identidad subjetiva entre el recusante y el agraviado o perjudicado por el ilícito penal imputado al juez o magistrado, del que trae su causa este motivo de recusación.

Por consiguiente, bastará que cualquiera de las partes hubiese ejercitado la acción penal frente al juez recusado, con independencia de que lo hubiere

¹⁵⁹ Para un estudio detallado puede verse ZARZALEJOS NIETO, *El proceso penal contra jueces y magistrados. (La especialidad del antejuicio)*, Madrid, 1992; VIEITES PÉREZ, «Delitos de prevaricación. Nueva regulación de los delitos contra la Administración de Justicia. Efectos de la supresión del antejuicio», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, 1997, p. 13 ; ADALID HINAREJOS, «El antejuicio o el control previo de responsabilidad de jueces y magistrados», *Actualidad Penal*, núm. 2, 1991, p. 425.

hecho en concepto de acusador privado, particular, o en calidad de actor popular¹⁶⁰.

La paradoja en la que incurre esta causa deriva precisamente de la desvinculación que existe en el proceso penal, entre la legitimación para ejercitar la acción penal por un lado, y la titularidad del bien jurídico objeto de la lesión delictiva por otro, en cuanto que, como hemos visto, no necesariamente tiene porqué coincidir la persona que interpone la denuncia o querella y quien resulta ser el ofendido o agraviado por el delito o falta.

Por ello, dada la redacción del precepto, se plantea el dislate de que, aun cuando cualquiera de las partes hubiese sido ofendida o agraviada por un delito cuya autoría fuese imputable al juez que conoce del proceso en el que se pretende la recusación, si aquélla no hubiese sido quien denunció su comisión o formuló querella contra él, *a posteriori* no podrá aducir esta circunstancia como causa de recusación, porque el Ministerio Fiscal cuando ejercita la acción penal no actúa en su representación¹⁶¹.

¹⁶⁰ MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, y otros, 3ª ed. Madrid, 1999, pp. 248-249, reseña esta independencia en cuanto declara «este derecho de acción penal, constituyéndose el ciudadano en parte procesal, se ostenta con total independencia de que la persona haya sido agraviada u ofendida por los hechos que se persiguen, o resulte completamente ajena a los mismos».

¹⁶¹ La inadecuación de las causas de recusación a la naturaleza y objeto del proceso penal ya fue puesta de manifiesto por GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* op. cit., pp. 14-15 supuesto que reconducía a una interpretación extensiva del núm. 9 del art 54 (tener interés directo o indirecto en el pleito).

Ni siquiera en aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal interpone la pretensión resarcitoria derivada de delito, por no mediar renuncia expresa o reserva del perjudicado, puede estimarse que actúa en representación del perjudicado u ofendido. En este caso nos hallamos ante un supuesto de «legitimación derivada o por sustitución procesal en el que el Ministerio Fiscal actúa en nombre propio pero en interés del perjudicado».

En segundo lugar, tampoco se requiere que exista identidad subjetiva entre el recusante y quien interpuso la denuncia o querella, será suficiente que cualquiera de las partes la hubiese interpuesto. Por consiguiente, el recusante también puede invocar como hecho conformador de esta causa de recusación la denuncia o querella interpuesta por aquél que ocupa la posición contraria en el proceso frente al juez o magistrado, salvo que se trate del Ministerio Fiscal.

Efectivamente, se requiere que tanto el que formule la denuncia como el que interponga la querella lo haga a título particular¹⁶², por lo que a efecto de constituir esta causa de recusación no tiene consideración, ni la denuncia o querella que hubiese formulado el Ministerio Fiscal en el

¹⁶² Vid STS 13- 6-1894 que no contempla como circunstancia integradora de esta causa de recusación la de haber sido letrado director del querellante en causa seguida contra el juez recusado; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios.... op. cit.*, p. 379.

ejercicio de sus funciones, ni aquélla que hubiere formulado el abogado del querellante en su condición de mandatario.

Ello no significa que cuando el Ministerio Fiscal formule querella contra alguno de los magistrados, ínterin la sustanciación del proceso, tal circunstancia no pueda ser constitutiva de recusación¹⁶³.

Lo significativo es que la querella formulada por el Ministerio fiscal contra un juez o magistrado no define una causa subjetiva de recusación por no expresar una relación personal de hostilidad entre el juez y el fiscal, por lo que la misma no configura una causa que pudiera tener una proyección para futuros procesos. Por el contrario, conforma una causa de recusación clasificable dentro de las causas objetivas de recusación que cuestionan la imparcialidad judicial. En este sentido, el hecho de haberse admitido una querella contra algún miembro del Tribunal por hechos realizados en el transcurso del mismo proceso en el que tal circunstancia se articula como motivo de separación judicial, en sí mismo puede perjudicar la apariencia de

¹⁶³ Aseveración recientemente rebatida en el caso de la «Operación Temple» en el que los magistrados se abstuvieron en el auto de 21-enero-2002, por mor de la admisión a trámite de una querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra los tres magistrados de la sección 4ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional al entender que dicha circunstancia «da lugar a que pueda verse menoscabada la necesaria apariencia de imparcialidad de los componentes de este Tribunal para la decisión de esta causa, con deterioro, por ello, de la debida confianza en el tribunal sentenciador».

imparcialidad que la actuación jurisdiccional debe transmitir.

En último término, cabría plantearse si es necesario que en el caso de la denuncia exista una imputación directa frente al juez recusado, o si por el contrario, basta que el inicio del procedimiento penal sea consecuencia de una denuncia de hechos efectuada por el denunciante en el que más tarde resulta imputado el juez.

Para cierto sector doctrinal es irrelevante que el proceso se hubiese iniciado contra el juzgador o frente a tercero resultando posteriormente implicado el juez, mientras que para otro sector de la doctrina se precisa que el recusante se hubiese constituido como parte en el proceso penal¹⁶⁴.

C) ÁMBITO TEMPORAL.

La elocución del precepto «ser o haber sido» sugiere una extensión temporal ilimitada. Según se desprende del tenor literal del precepto, una vez formalizada una denuncia o querella contra un juez o magistrado, éste queda invalidado desde el momento de su admisión para enjuiciar a la parte activa de la misma.

¹⁶⁴ Vid. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...op. cit.*, p. 379; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...op. cit.*, p. 33.

Ello no obstante, plantear la recusación una vez hubiere transcurrido mucho tiempo desde la denuncia o la querella puede dar lugar a considerar que se hace con manifiesto abuso de derecho.

Precisamente, la magnitud del lapso temporal que se establece al perfilar esta causa de separación del juez ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina¹⁶⁵, máxime teniendo en cuenta que tal peculiaridad constituye la nota distintiva respecto de la causa contemplada en el apartado 7º del art. 219 LOPJ que al circunscribir su alcance a la pendencia del proceso del que trae su causa establece una limitación temporal más razonable.

Posteriormente analizaremos sí las razones que subyacen a una u otra causa justifican este diverso régimen temporal que ha sido establecido para cada una de ellas.

D) ÁMBITO MATERIAL.

Para finalizar, al delimitar el ámbito objetivo de esta causa de recusación surgen diversas cuestiones en torno alcance de la expresión «responsable de algún delito o falta».

Principalmente, dos son las cuestiones que cabe reseñar, la primera respecto a si resulta admisible

¹⁶⁵ En este sentido PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad...* op. cit., p. 63.

incardinar la responsabilidad civil derivada de delito o falta dentro del ámbito material de esta causa de recusación; y la segunda, precisar si la denuncia del juez por incurrir en falta disciplinaria se puede incluir también en el ámbito de comprensión de esta causa.

La solución que se adopte en lo concerniente a la primera de las cuestiones reviste una indudable transcendencia de orden práctico habida cuenta del distinto ámbito temporal de aplicación que existe entre esta causal y la prevista en el apartado 7º del art. 219 LOPJ.

Si nos atenemos a la dicción literal del precepto, se podría conjeturar respecto a la probabilidad de incluir la pretensión resarcitoria por el daño derivado de la comisión de un ilícito penal como hecho constitutivo de esta causa, por cuanto que el término que emplea el legislador permite englobar tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil.

No obstante, desde un punto de vista pragmático, el mantenimiento de tal aserto plantea un problema de difícil solución, ya que si consideramos que la acción civil derivada de delito es una circunstancia por sí sola constitutiva de esta causa¹⁶⁶, debiera mantenerse un mismo y único

¹⁶⁶ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...* op. cit., p. 381, se muestra partidario de configurar el ejercicio de las acciones civiles derivadas de delito como circunstancia integradora de

trato jurídico, tanto si ésta se ejercita conjuntamente con la acción penal en el transcurso del proceso penal, como cuando su ejercicio se difiere, mediante la reserva de acciones, a un proceso civil posterior.

A nuestro juicio esta conclusión tiene como corolario una diversificación del trato jurídico dentro de las acciones civiles de todo punto inicuo. En efecto, considerar la existencia de un régimen para la pretensión civil derivada de un ilícito penal, específico y diverso al régimen previsto para la pretensión resarcitoria derivada de un ilícito de otra naturaleza que recoge el art. 219.7 LOPJ, exigiría que a la hora de establecer si nos hallamos ante una u otra causa de recusación debiéramos atender no tanto la clase de proceso seguido, cuanto la naturaleza del hecho que justifica una y otra pretensión, lo cual resulta de todo punto de vista ilógico.

El ejercicio de la «acción» civil que, en virtud del art. 100 LECrim, nace del delito o falta da lugar a una pretensión civil sometida a los principios que le son propios, por lo que en puridad de concepto, cuando se ejercita la pretensión resarcitoria, tanto si se efectúa en el marco del proceso penal, como cuando se reserva para un posterior proceso civil, constituye una

esta causa de recusación por estimar que en esta circunstancia existe idéntico fundamento que cuando se ejercita un acto de voluntad como denunciante o querellante.

circunstancia incardinable en el apartado 7º del art 219 LOPJ, cuya inteligencia y justificación se funda en la existencia de una pretensión civil.

Ahora bien, una vez efectuada esta precisión lo que cabe plantearse es si las diferencias que perfilan las causas que se fundan en la existencia de una contienda litigiosa entre el juez y las partes (causas 4ª, 6ª y 7ª del art. 219 LOPJ) justifican un diverso régimen jurídico.

Respecto a la segunda de las cuestiones apuntadas, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que las quejas elevadas al superior jerárquico sobre el juez acerca de determinados aspectos que le puedan suponer una corrección disciplinaria no pueden tener la consideración de denuncia a los efectos que en esta causa se dispone¹⁶⁷.

2. SER O HABER SIDO DENUNCIANTE O ACUSADOR DE CUALQUIERA DE LAS PARTES.

Esta causa de recusación, al igual que la contemplada en el núm. 4 del art. 219 siguiendo la sistematización hecha por GUASP¹⁶⁸ constituye un motivo de índole jurídica, cuya existencia encuentra

¹⁶⁷ SAEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, op. cit., p. 184; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, op. cit., p. 33.

¹⁶⁸ Vid. GUASP DELGADO, *Comentarios...* op. cit., pp. 591-

su razón de ser en la animadversión o el distanciamiento del juez hacia una de las partes, que dicha circunstancia justifica.

La doctrina viene considerando que ésta constituye la situación inversa a la que contempla el apartado 4º del art. 219 LOPJ. Ahora bien, esta afirmación debe ser objeto de alguna precisión en cuanto que la peculiar configuración de esta causa tiene incidencia a la hora de determinar los requisitos que deben concurrir en ambas.

En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con la causa de recusación que le sirve de parangón, en este caso no existe el riesgo de que el hecho constitutivo de la misma pudiera haberse configurado de una manera premeditada por parte del recusante, precisamente porque el hecho mismo que la conforma se condiciona a que concurra una actuación del juez que es objeto de recusación.

Por ello, todas aquellas cautelas que han sido previstas para cuando la recusación se funda en la denuncia o querella que hubiere formulado una de las partes frente al juez y que pretenden evitar un uso fraudulento de la denuncia o la querella como sería la exigencia de la interposición previa al juicio en el que se quiere hacer valer o la de su admisión a trámite, en este concreto motivo de recusación no convienen a la misma finalidad por lo que consideramos que su exigencia carece de fundamento.

Por otra parte los términos literales en los que se pronuncia el legislador en esta causa, en cuanto incorpora terminología explícitamente referida al ámbito procesal penal, en cuanto sólo alude a «ser o haber sido denunciante o acusador», no permite ninguna disertación acerca de la posible inclusión dentro del ámbito de aplicación de esta causa al actor civil.

Concretamente, en lo que a la condición de acusador respecta hay que tener en cuenta que en el proceso penal el juez tiene restringida su legitimación para ejercitar la acción penal a aquellos supuestos en los que presente una especial relación con el ilícito penal, bien por haber sido directamente perjudicado u ofendido, bien por haberlo sido algunas de las personas a que hace referencia el art. 102 LECRIM, ya que en ningún caso está legitimado como actor popular.

El juez sólo puede actuar en el proceso penal en su condición de acusador particular, y en este caso, utilizando una expresión de MORENO CATENA¹⁶⁹, puede decirse que su intervención aparece teñida de una especie de sentimiento de venganza¹⁷⁰.

¹⁶⁹ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, y otros, 3ª ed. Madrid, 1999, p. 250.

¹⁷⁰ En contra ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, T. II, Buenos Aires, p. 26, no aprecia ese sentimiento de venganza en «la conducta de quien, autorizado por la ley y dentro de sus cauces, renuncia precisamente a toda actitud de venganza y se limita a pedir a un tercero imparcial, el juez, que aplique al delito el castigo pertinente».

Este sentimiento no tiene que desaparecer por el hecho de que la denuncia o querella no hubiese sido admitida a trámite. Por otra parte, en este supuesto la exigencia de la admisión a trámite no adquiere el mismo significado que en el caso de que hubiera sido la parte quien hubiese formulado denuncia o querella contra el juez¹⁷¹, que como vimos es evitar que la causa fuese constituida de forma fraudulenta. Por ello, entendemos que la admisión a trámite no puede erigirse en hecho constitutivo de esta causa de recusación.

Por otro lado, también se contempla como causa de recusación la condición de denunciante y en este caso no se establece limitación alguna, ya que en cuanto que la denuncia constituye una declaración de conocimiento, y en su caso de voluntad, por la cual se transmite bien al órgano judicial, bien al Ministerio Fiscal, o bien a la autoridad con funciones de policía judicial la noticia acerca de la comisión de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito, puede serlo cualquier persona física.

Ahora bien, para que la denuncia formulada por el juez frente a cualquiera de las partes del proceso constituya un hecho integrador de esta causa de recusación debe proceder en calidad de

¹⁷¹En este sentido, DITRICH enumera dentro de los elementos indiciarios para determinar si una causa de recusación ha sido creada ficticiamente, la fecha en la que fue promovida, así como la circunstancia de que haya sido propuesta por el abogado o procurador y no por el magistrado, *Incompatibilità, astensione e ricasazione del giudice civile*, Padova, 1991, p. 119.

particular. Por ello, a estos efectos no puede considerarse la incoación *ex officio* prevista en el art. 308 de la LECRIM como una denuncia formulada por el juez. En este caso, se trata de una actuación propia y obligada de su cargo no hay una voluntad propia por la cuál se procede a la iniciación del proceso penal¹⁷².

Asimismo, tampoco debe considerarse denuncia los llamados «mandatos de proceder», es decir, autorizaciones para proceder o deducción de tanto de culpa en aquellos casos previstos en los arts. 805 y 279 de la LECRIM en relación al art. 215 CP, por cuanto que también en estos casos el juez resulta obligado por ministerio de la ley a acordar la autorización para proceder por calumnias o injurias vertidas en juicio como un presupuesto procesal¹⁷³.

La denuncia ha de ser directa, lo cual presupone una relación personal directa entre el magistrado recusado y el denunciado-recusante, razón por la cual no debe considerarse hecho configurador de esta causa el que la denuncia hubiere sido interpuesta por una asociación judicial a la que pertenezca el juez recusado¹⁷⁴.

¹⁷² Vid STS 30-junio-1885, cit., AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...op. cit.*, pp. 380-381; SAEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, op. cit., p. 189.

¹⁷³ Vid. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Madrid, 1993, pp. 160-167, el análisis doctrinal y jurisprudencial de esta figura jurídica.

¹⁷⁴ El ATC 227/1990 de 4 de junio reflejaba la existencia de

3. TENER PLEITO PENDIENTE CON ALGUNA DE ÉSTAS.

La literalidad del precepto plantea algunas dudas respecto al ámbito de aplicación de esta causal, cuya delimitación debe ser consecuente con la extensión que se reconozca a los términos que la definen.

Son diversos los requisitos que deben concurrir en su apreciación, a saber, por un lado, la existencia de un «pleito», y por otro, que el mismo se halle en curso, o esté pendiente.

A) DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO «PLEITO».

El término «pleito»¹⁷⁵ no presenta un significado unívoco, por lo que para la correcta acotación de esta causa de recusación se hace preciso determinar cuál sea el alcance que el legislador ha querido reconocer al mismo.

un supuesto en el que la recusación se había fundamentado, precisamente, en la pertenencia de los magistrados recusados a la Asociación Profesional de la Magistratura, la cual estaba personada en la causa como parte, y además como parte acusadora contra él. La correcta delimitación de las diversas causas de recusación no es una cuestión irrelevante sobre todo teniendo en cuenta el diverso ámbito temporal de aplicación de cada una de ellas, en este caso el mismo hecho justificaba la concurrencia, indistinta, de circunstancias tan dispares como la (6ª) Ser o haber sido denunciante de cualquiera de las partes; la (7ª) tener pleito pendiente con alguna de estas; y la (9ª) tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

¹⁷⁵ D.R.A.E vigésima ed. 1984 define el término pleito como «contienda, diferencia, disputa, o litigio judicial entre

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que este término expresa la existencia de un proceso civil en sentido estricto, concepto éste que se define principalmente por dos notas: la nota de la jurisdicción que lo caracteriza, y la existencia de dos partes enfrentadas o en contradicción.

A.1) ANÁLISIS DE LA JURISDICCIONALIDAD COMO NOTA RELEVANTE.

Cabría cuestionarse si la nota de jurisdiccionalidad que imprime el concepto de proceso, en cuanto mecanismo puesto a disposición de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial para ejercitar la potestad jurisdiccional con carácter exclusivo, o si por el contrario, el término pleito favorece la inclusión de otras fórmulas de resolución de conflictos heterocompositivos que no se encomiendan a los órganos jurisdiccionales¹⁷⁶.

La equiparación del término utilizado con el concepto de proceso conllevaría la exclusión del arbitraje del ámbito intelectual de esta causa, por cuanto que aun tratándose, al igual que el proceso,

partes».

¹⁷⁶ Vid STC 196/97, de 13 de Noviembre; 174/95, de 23 de Noviembre; 146/96, de 19 de Septiembre; ATC 326/93, de 28 de Octubre, entre otras, afirman que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos

de un método de resolución de conflictos intersubjetivos heterocompositivo, no es actuación judicial¹⁷⁷.

La similitud que presenta con el proceso, en cuanto institución que expresa la esencia más genuina de la jurisdicción que es «*el iudicium inter partes*», le ha valido el sobrenombre de «equivalente jurisdiccional»¹⁷⁸.

Ello debería constituir motivo bastante para interpretar el término pleito en un sentido amplio, favoreciendo la inclusión del arbitraje, que junto al proceso, es un método de resolución de conflictos heterocompositivo.

Es innegable que, con independencia de la naturaleza que se advierta en el arbitraje, el sometimiento de las partes a un árbitro objetiva la existencia de un conflicto interpersonal entre ellas, del cual, tal y como ocurre en el proceso, se puede inferir un sentimiento de venganza o resquemor

los efectos de la cosa juzgada».

¹⁷⁷ Un análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje puede verse en, SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 571-583; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1979, pp. 297- 299; LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de Arbitraje Español*, Madrid, 1994, p. 35, sostiene el carácter procesal del arbitraje, porque siendo obvio que el arbitraje no es una actividad jurisdiccional tiene eficacia vinculante y pone fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada.

¹⁷⁸ Vid. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho...* op cit, supra, p. 299; la STC 288/1993 declara « la naturaleza del arbitraje, que es (STC 62/1991 "un equivalente jurisdiccional" mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al

cuya prevención, en todo caso, constituye el verdadero fundamento de esta causa de recusación.

No todo litigio¹⁷⁹ o diferencia de pareceres constituye causa de recusación. Ante la imprecisión del término «pleito» es necesario concretar qué elementos son los que particularizan un conflicto trascendente o jurídicamente relevante para distinguir la concurrencia de esta causa de recusación.

Uno de los aspectos que determina la necesidad de fijar con precisión el concepto de pleito reside en el acto de conciliación. Precisamente, cabría cuestionarse si en el mismo concurren los elementos que confieren al conflicto que subyace entidad suficiente para integrar esta causa de recusación.

El acto de conciliación es entendido como un «acto previo al proceso por el que las partes ponen fin al litigio, haciendo dejación total o parcial de las respectivas posiciones iniciales: a través del desistimiento o renuncia, del allanamiento o de la transacción»¹⁸⁰.

conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada»

¹⁷⁹ ALCALÁ ZAMORA, *Nuevos estudios de derecho procesal*, Madrid, 1980, pp. 36 y ss, traza un neta división conceptual entre litigio y proceso, puesto que si bien «el primero es presupuesto del segundo están perfectamente diferenciados, entendiendo por litigio el conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica (...) ya que cabe que se solventa por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero».

¹⁸⁰ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 4ª ed, Madrid, 2001, p. 164.

En cuanto método autocompositivo de resolución de conflictos, se desarrolla con carácter previo al proceso y, precisamente, con intención de evitarlo, por lo que no constituye actividad procesal sino actuación de jurisdicción voluntaria¹⁸¹.

Por otra parte, es indudable su configuración como mecanismo de resolución de conflictos, y el hecho de que su celebración haga ostensible la existencia de cierta disparidad de criterios, de ahí que, aun cuando las partes de *motu proprio* en el acto de conciliación traten de alcanzar una solución al conflicto que les atañe, tal solución comporta una renuncia, sacrificio, resignación. Circunstancia *per se* susceptible de amparar una sospecha razonable respecto a la objetividad o imparcialidad del que ya en su condición de juez tuviere atribuido la competencia de un proceso en el que la otra parte conciliadora actúa en calidad de parte. En efecto, podría apreciarse cierta inquietud o desasosiego en la ecuanimidad de quien al mismo tiempo que tiene que solucionar un conflicto particular con una persona, debe imponer la solución a un conflicto intersubjetivo ajeno, en el que interviene en condición de parte la misma persona con la que él debe llegar a un acuerdo, aunque sea al margen del estricto ámbito procesal.

¹⁸¹ Como pone de manifiesto MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*. op. cit., p. 163-164, defiende que el acto de conciliación constituye un acto de jurisdicción voluntaria que confirma el hecho de que la LEC 2000 mantenga vigente la regulación de esta materia de la LEC de 1881 hasta que se apruebe la ley de

Por ello, consideramos que la concurrencia de esta causa de recusación no sólo es apreciable cuando se produce la pendencia de un proceso *strictu sensu*, sino que también el término pleito debiera interpretarse en sentido amplio e incluir aquellas actuaciones en las que como en el acto de conciliación, se evidencia la existencia de una diferencia intersubjetiva o contradicción de pareceres con entidad suficiente para cuestionar la imparcialidad del juez en quien concurre dicha circunstancia.

A.2) RELEVANCIA DE LA CONTRADICCIÓN.

La segunda de las notas apuntadas que delimitan el concepto de proceso, y en consecuencia contribuyen a dotar de contenido el término «pleito», es la contradicción, la necesidad de que existan dos posturas enfrentadas entre sí: la pretensión y la defensa.

Dos son las cuestiones que desde esta perspectiva cabe plantear. En primer término, si la actuación llevada a cabo por el juez y la parte en el marco de otro proceso debe discurrir necesariamente en posiciones procesales enfrentadas. Y en segundo lugar, si sólo aquellas actuaciones que atribuidas a los jueces tienen naturaleza

contenciosa dan lugar a la conformación de esta causa de recusación.

En lo que a la primera de las cuestiones señaladas se refiere, tradicionalmente, para la aplicación de esta causal se ha venido exigiendo que el juez y la parte actuasen en posiciones enfrentadas¹⁸².

Ello no obstante, la doctrina moderna insinúa un abandono de esta línea restrictiva y defiende la inclusión de aquellos supuestos en los que se produce una actuación litisconsorcial, juez y parte, en la misma posición procesal.

Es indudable que la inteligencia del precepto no resulta comprometida con esta interpretación, puesto que la preposición «con» utilizada en la norma, no necesariamente conlleva una equiparación al término «contra», que sí expresaría la exigencia de que concurra una actuación enfrentada entre ambos. Es admisible, también, equiparar dicho término a la expresión «junto a»¹⁸³, y en este último caso, decae la contradicción como elemento integrante de esta causa de recusación.

¹⁸² Vid. GUASP DELGADO, *Comentarios...* op. cit., p. 591; SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, op. cit., p. 191.

¹⁸³ Señala CALVO SÁNCHEZ, «La recusación de jueces y magistrados (I)», op. cit., p. 88, que «aún cuando el legislador está pensando en la situación de enfrentamiento que la litispendencia puede producir (...) desde una interpretación teológica del precepto cabría la posibilidad de incluir en el contexto de este motivo el pleito "junto a" una de las partes, en función del litisconsorcio que podría existir entre ellos».

La garantía de la imparcialidad judicial frente a la sospecha que se cierne sobre la actuación del juez, puede verse menoscabada por la existencia, tanto de una relación de distanciamiento manifestada por la pendencia de un proceso, como de agradecimiento o solidaridad como ocurriría cuando se litiga en la misma posición. Éste razonamiento debiera actuar como argumento a favor de esta última interpretación. Argumento éste, que cabría refrendar con la expresión del viejo adagio «ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus», en cuanto que una cosa es la cautela que debe inspirar la interpretación de las causas de recusación y otra cosa, la sobriedad rayano en la mezquindad que en la delimitación del contenido de alguna de estas causas, se observa.

La segunda de las cuestiones que apuntábamos, esto es, si esta causa de recusación debe entenderse circunscrita a aquellas actuaciones que implican una contienda, o sí por el contrario también deben entenderse incluidas aquellas intervenciones del juez con cualquiera de las partes en actos de jurisdicción voluntaria.

Los actos de jurisdicción voluntaria se definen en el art. 1811 de la LEC de 1881 como «aquellos actos en los que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna».

Quizá como se extrae de esta definición la característica determinante de la jurisdicción voluntaria es la ausencia de conflicto, la inexistencia de contradicción entre los solicitantes razón por la cual se considera que la función que se desarrolla es la de tutela derechos privados¹⁸⁴.

Dejando al margen la discusión que se cierre respecto a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria y dada la heterogeneidad de los distintos actos que en dicho ámbito contempla el Libro III de la LEC de 1881 vigente, es difícil establecer una regla general válida para todos ellos. Pero sin duda, como ya señalamos al tratar la conciliación, la ausencia de controversia no es un hecho que excluya la inconveniencia que puede suponer dicha circunstancia para la imagen de imparcialidad que debe proyectar la actuación jurisdiccional. Quizá por ello el hecho de que el juez competente para la resolución de un proceso esté interesado a su vez en un acto de jurisdicción voluntaria con alguna de las partes sujeta a su jurisdicción no sea el marco más adecuado para impartir justicia, y bajo este prisma pueda estimarse motivo de recusación.

¹⁸⁴ GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 9ª

B) LITISPENDENCIA.

No ha sido pacífica la determinación del momento a partir del cual la pendencia de la *litis* integraría esta causa de recusación. Así, mientras que para unos, en un sentido técnico la misma se produce una vez ha sido interpuesta la demanda si ésta es admitida *a posteriori*¹⁸⁵, otros retrasan su eficacia al momento en el que se produce la contestación, en consideración a que de mediar allanamiento, ni siquiera habría existido confrontación.

En la actualidad, ha quedado superada la tesis que concibe el proceso como un cuasicontrato, a cuyo tenor la litispendencia desplegaría sus efectos en el momento de la contestación a la demanda. También aquella que estimaba que se produce en el momento en el que se emplaza al demandado, por estimar que «la falta de emplazamiento de los demandados significa que la relación jurídico procesal no estaba aún constituida»¹⁸⁶.

El art. 410 LEC no deja lugar a dudas, la litispendencia entendida como «el complejo entramado

ed., Valencia, 2000, p. 898.

¹⁸⁵ En este sentido MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 9ª ed., op. cit., p. 192, al definir la litispendencia declara que «la existencia de la demanda supone una ruptura; se pasa de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida sólo entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional», precisamente, equipara esa ruptura con la litispendencia.

de relaciones y situaciones jurídicas entre las partes y el juez, y entre las partes entre sí que surge a consecuencia de la demanda»¹⁸⁷, se produce desde la interposición de la demanda, si ésta es admitida después.

A fin de evitar actuaciones fraudulentas estimulando la interposición de demandas carentes de fundamento con el único propósito de separar al juez del conocimiento del asunto se debe exigir, al igual que señalamos en relación con el apartado 4 del art. 219 LOPJ, que estuviese planteada de forma previa al proceso en el que se quiere hacer valer como causa de recusación.

En cualquier caso, una vez finaliza el proceso por sentencia firme, o por cualesquiera otros medios alternativos a la sentencia que ponen fin al proceso precluye la litispendencia, y en consecuencia la posibilidad de poder aducir este motivo como causa de recusación.

Ello no obstante, cabría plantearse si debe darse el mismo alcance a todos los modos de terminación del proceso. Particularmente, en lo que al desistimiento concierne cabría cuestionarse si la amenaza eventual que se cierne sobre el juez de que, de nuevo, el demandante desistido pueda volver a

¹⁸⁶ SERRA, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 191.

¹⁸⁷ Vid CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Madrid, 2001, p. 188.

plantear frente a él la pretensión desistida, no constituye una espada de Damócles de la cuál, razonablemente, podría deducirse una sospecha que justifique su separación. En efecto, el desistimiento en cuanto acto de causación, produce la terminación del proceso, pero a diferencia de los demás medios de finalización del proceso deja el fondo del asunto imprejuizado, de manera que la parte puede *a posteriori* volver a ejercitar de nuevo la misma pretensión.

No parece que la pendencia de un proceso, en el sentido que acabamos de señalar, garantice la imparcialidad judicial porque aun cuando la fortaleza anímica del juez impida que tal circunstancia le afecte a la hora de emitir su resolución, no se puede rechazar de forma tajante que dicha eventualidad no se produzca. Por ello afirmamos que en la medida en que esta situación pudiera incidir en el juez a la hora de resolver en un sentido favorable o desfavorable, debiera estimarse como causa de recusación. En el primer caso, porque el temor a causar agravio con su resolución a la parte, que en otro proceso distinto entablado frente a él hubiera desistido, puede llegar a rivalizar con la ponderación y ecuanimidad que preside el juicio. Y en el segundo, porque con ánimo de evitar que dicha resolución sea concebida como desagravio, o agradecimiento por el desistimiento efectuado, el juez puede en su propósito de aparentar ecuanimidad, llevar a cabo un

enjuiciamiento más apasionado y estricto respecto de la postura procesal que defiende quien, habiendo mantenido un contencioso con él, desistió.

En cualquier caso, no parece que dicha situación entre el juez y la parte, constituya el marco más adecuado para asegurar la imparcialidad y serenidad de ánimo del juzgador que, en su labor jurisdiccional, debe encontrarse abstraído de cualquier presión que sobreviene ésta. Por otra parte, evitar esa situación permite garantizar que la proyección de imparcialidad a la sociedad, no quede truncada por circunstancias que en el común sentir de la gente son proclives a sembrar el desconcierto y la duda respecto a las verdaderas razones que subyacen al sentido de la resolución.

No podemos desconocer que esta circunstancia puede generar cierta inquietud en el juez. Por ello, consideramos que aunque no puede hablarse de litispendencia *strictu sensu*, sí existe un pleito pendiente en el sentido extenso del término, entre el juez y la parte, manifestado por el ejercicio de la pretensión, y no concluido por una resolución con efectos de cosa juzgada. De ahí que propugnemos una interpretación amplia que permita la inclusión de la circunstancia aquí referida.

4. CONVENIENCIA DE REGULACIÓN UNITARIA DE LAS CAUSAS 4, 6 Y 7 DEL ART. 219 DE LA LOPJ.

Una vez determinados los requisitos que perfilan cada una de estas causas de recusación, hemos de reflejar los extremos que distinguen aquéllas cuyo origen se justifica en la concurrencia de una causa penal, y los que cualifican aquélla que se funda en el ejercicio de una pretensión civil, a fin de determinar si revisten tal entidad como para justificar el diverso trato jurídico procesal que se dispensa a uno y otro tipo de causas.

La limitación que contempla el art. 219.7 LOPJ en cuanto circunscribe la aplicación de la causa de recusación al lapso circunstancial de la pendencia del proceso, no se aprecia cuando es la existencia de una causa penal el hecho constitutivo de la recusación.

En este último supuesto, la indeterminación temporal quizá pudiera hallar explicación en el especial valor reconocido a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, y a la vigencia del principio de mínima intervención, en cuya virtud el derecho penal sólo incrimina los ataques de bienes que merecen una tutela jurídica especial por parte del ordenamiento jurídico¹⁸⁸.

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, 2002, p. 72, extractan el principio de mínima intervención diciendo que «el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes»; Sin embargo el principio rector de una adecuada

Por ello sólo si admitimos que la especial gravedad que comporta la transgresión de un tipo penal¹⁸⁹, es directamente proporcional a la intensidad del sentimiento de venganza que genera, cabría rubricar este diverso régimen jurídico que el legislador ha establecido para regular ambos supuestos.

Sin embargo, la relación de proporcionalidad esgrimida no es aceptable, porque como ha declarado VÁZQUEZ IRUZUBIETA «muchas veces crea mayor resentimiento o prevención hacia una persona el estar demandado por ella en proceso reclamatorio de importantes cantidades, o en un reivindicatorio de una finca de gran valor, que demandado por los perjuicios ocasionados con motivo de una colisión de tráfico sin traumas y apenas con daños corporales de escasa entidad»¹⁹⁰.

política criminal es el principio de "ultima ratio" que considera que la tipificación penal de una conducta debe establecerse sólo cuando los problemas que suscita no pueden resolverse en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, tal y como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, vol. I, Madrid, 1977, p. 20; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Madrid, 1994, p.18; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona, 2002, p. 125; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Navarra, 2002, p.110.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., pp. 11-12, pone de manifiesto que las normas jurídico penales son siempre respuesta, acertada o no, a un problema planteado por la necesidad de convivencia de seres humanos dentro de una sociedad organizada. Por tanto la vinculación del derecho penal a urgencias vitales hace muchas veces que sus valoraciones sean resultado de impulsos emocionales y no de la razón.

¹⁹⁰ Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia de la LEC. op. cit.*, p. 228.

Por consiguiente, la razón común que subyace a las causas de recusación cuyo origen es un proceso, cualquiera que sea su naturaleza civil, penal, contencioso administrativo o laboral, es la animadversión o falta de serenidad que puede suscitar el estar implicado en una controversia con una de las partes. No es admisible sin embargo cuantificar y diversificar la expiración de los sentimientos personales de odio o pasión, que genera la existencia del proceso atendiendo a la naturaleza del mismo. De esta manera la consideración de la imprescriptibilidad de los sentimientos que origina un proceso como expresaba AGUILERA DE PAZ¹⁹¹, quizá constituya un argumento a favor de la indeterminación temporal de las causas 4ª y 6ª, pero en absoluto explica el diverso alcance temporal que merece el proceso civil y el proceso penal como hecho configurador de una causa de separación judicial. Por ello estimamos conveniente que *de lege ferenda* se unifique la regulación en este sentido.

¹⁹¹ Vid. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios ... op. cit.*, p. 381.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LAS CAUSAS OBJETIVAS DE RECUSACIÓN.

I. HABER ACTUADO COMO INSTRUCTOR EN LA CAUSA.

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INSTRUCCIÓN.

La proscripción clásica de que «quien instruye no debe juzgar» implícita en el principio acusatorio, halla su fundamento en el entendimiento de que siendo la actuación instructora una función netamente inquisitiva, el contacto con la investigación y con las actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los hechos delictivos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y en la culpabilidad de los delincuentes, puede originar, aún de forma inconsciente, prejuicios o prevenciones, respecto de la culpabilidad del imputado que resultan incompatibles con la función de juzgar con imparcialidad¹.

¹ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 64, recoge dentro de los principios del proceso el del «juez no prevenido» que considera establecido «con el propósito de que lo decisivo para el contenido de la sentencia sea el fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal,

Si nos atenemos al tenor literal de la expresión legal que disponía el art. 54.12 LECRIM «haber sido instructor», y la confrontamos con la que recoge el art. 219. 10 LOPJ «haber actuado como instructor», podríamos llegar a la conclusión de que esta última modifica el ámbito material de esta causa. Ciertamente, el precepto vigente no se refiere al hecho de «haber sido», sino al de «haber actuado como instructor», y ello va a significar que al tiempo que matiza y excepciona el concepto tradicional de instrucción, amplía el ámbito material de esta causa de recusación.

En efecto, en primer lugar cabe apreciar que esta expresión perfila un nuevo concepto de instrucción, porque no se limita a describir la participación del juez en la fase de instrucción. El elemento conformador de la causa de recusación no es otro que realizar actuaciones cuya naturaleza participe del carácter instructor, y tal carácter es independiente de que éstas se hubiesen practicado dentro de la fase de instrucción, o al margen de la misma. Por ello, también resultan subsumibles dentro del ámbito de comprensión del precepto aquéllas que practicadas en la denominada fase intermedia participen de este carácter, e inclusive las que lleva a cabo la Audiencia Provincial cuando conoce

contemplada y valorada por el tribunal sentenciador con garantías de plena imparcialidad (objetiva, se suele añadir), se dispone, en lo casos referidos, que aquél o aquéllos que dirigieron la investigación no pueda intervenir en la decisión»; CORDON MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 1999, p. 104.

de los recursos devolutivos interpuestos contra las resoluciones que dicta el juez de instrucción.

Como pone de manifiesto el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ la competencia funcional diferenciada entre la fase de instrucción y la de enjuiciamiento es una manifestación del derecho al juez imparcial, a la vez que constituye una exigencia estructural del proceso penal². No obstante ser esta premisa de carácter dogmático, se ha visto desdibujada por la doctrina de la imparcialidad objetiva³, la cuál a fuer de delimitar aquellos actos de instrucción que provocan o son susceptibles de provocar un prejuicio, introduce un nuevo concepto de instrucción, y posterga aquél tradicionalmente admitido que se obtiene con la invocación literal del art. 299 LECRIM, a cuyo tenor «acto de instrucción es toda aquella actuación que se lleva a efecto en la fase de instrucción para la averiguación y constatación de la comisión de un hecho delictivo y la culpabilidad del delincuente así como las que pretenden asegurar a la persona y

² CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Madrid, 1999, p. 337.

³ Lo que la doctrina denomina "contaminación procesal". Así RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «La imparcialidad objetiva o la denominada "contaminación procesal" (el derecho al juez no prevenido)», en *Jurisdicción y competencia penal*, *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, 1996; asimismo, *La contaminación procesal. El derecho al Juez imparcial*, Granada, 2000; BERMÚDEZ OCHOA, «Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal". La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio», *Revista del Consejo General de Poder Judicial*, 1994, pp. 55y ss; El Tribunal Constitucional, en la STC 55/90 habla de «contaminación inquisitiva».

a las responsabilidades pecuniarias».

La nueva categoría de actos de instrucción⁴ no resulta demarcada por la fase de instrucción como ámbito procesal en el que se desarrollan éstos como ya hemos tenido ocasión de señalar, y tampoco comprende cualquier actuación inquisitiva que se hubiere llevado a cabo en dicha fase para averiguar el hecho delictivo y la culpabilidad del delincuente.

Por el contrario, para que un acto sea merecedor del calificativo «instructor»⁵, y por ende pueda apreciarse la incompatibilidad funcional del juez que lo realizó para decidir el proceso, se requiere que el mismo sea susceptible de generar un prejuicio, es decir, que su realización conlleve el riesgo de que el juez se hubiere formado un juicio anticipado acerca de la culpabilidad o la inocencia del acusado⁶.

⁴ BERMÚDEZ OCHOA, «La configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva», *Justicia*, núm. 1, 1997, pp. 115-116, reseña que «la actividad instructora contaminante es un concepto jurídico indeterminado para el cuál únicamente tienen virtualidad aquellos que supongan una calificación o valoración material de la conducta del imputado, o el acopio de material de cargo para poder formular la acusación».

⁵ Así la STC 113/92 habla de actos de verdadera instrucción o de actividad investigadora o instructora en sentido estricto; en el mismo sentido la STC 32/94.

⁶ Siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional la garantía de la imparcialidad objetiva se asienta principalmente sobre dos ideas esenciales: de un lado que «el estar en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio, pueden nacer en el ánimo del juez o tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función

La acotación de este nuevo concepto de instrucción asimilable a prevención, ha sido llevada a cabo por la jurisprudencia, que rechaza el criterio de la ubicuidad⁷ como criterio suficiente y procede a delimitar las actuaciones que merecen el calificativo de instrucción, como sinónimo de contaminante, de una forma absolutamente casuística.

Consecuentemente con ello, no es posible establecer apriorísticamente qué actuaciones que hubiere llevado a cabo el juez a quien compete el enjuiciamiento de la causa con carácter previo a la apertura del juicio oral, son susceptibles de cuestionar su imparcialidad⁸.

Conforme a la doctrina del caso concreto, que

instructora y la juzgadora»; y que no toda intervención del juez antes de la vista tiene carácter instructor, ni compromete su imparcialidad objetiva». En este sentido SSTC 145/88; 164/88; 11/89; 106/89; 98/90; 151/91; 136/92; 157/93; 170/93; 320/93; 372/93; 32/94; 60/95; 98/97; 142/97.

⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, «La imparcialidad judicial objetiva», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 376, 1999, defiende denodadamente este criterio para procurar seguridad jurídica en la materia y en consecuencia postula la sustitución de las expresiones «haber sido» y «haber actuado como instructor de la causa» por la de «haber intervenido en o conocido la causa durante su instrucción» estimando que esta presunción *iuris et de iure*, a favor de declarar la parcialidad objetiva de un modo tan amplio superaría la incierta e insegura situación actual en la que rige más bien la presunción contraria, aunque sea *iuris tantum*, puesto que en definitiva hay que verificar en cada caso si hubo o no actividad instructora además de la intervención formal en la instrucción, de quien luego enjuicia la misma causa».

⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, «La imparcialidad judicial objetiva», op. cit, pp. 3 y ss, efectúa un análisis jurisprudencial en materia de imparcialidad objetiva que pone de manifiesto la contradictoria jurisprudencia existente al respecto, hasta el extremo de que una misma actuación realizada en fase de

ya fuera instaurada por el TEDH, habrá que examinar la circunstancias concurrentes en la realización del acto procesal en concreto, por cuanto que éstas pueden avalar la consecución de conclusiones diferentes en cada caso⁹. Razón por la cual no es posible extraer con claridad y precisión cuáles son las actuaciones que definen el carácter instructor que comporta la separación del juez decisor.

Ahora bien, pese a no poder delimitar con nitidez qué actuaciones procesales son susceptibles de generar una posible prevención del juez que las practica, si podemos distinguir dos corrientes netamente diferenciadas que participan de resultados contradictorios en lo que concierne al concepto de actos contaminantes o merecedores del calificativo de actos de instrucción.

2. INDIVIDUALIZACIÓN DEL ÁMBITO PROCEDIMENTAL EN EL QUE ACTÚA ESTA CAUSA DE RECUSACIÓN.

Como ya se ha señalado la garantía de la imparcialidad objetiva exige que el proceso penal sea respetuoso con la exigencia orgánica que comporta una absoluta separación entre el juez sentenciador y el juez que hubiere llevado a cabo

instrucción unas veces se considera acto instructor y otras veces no.

⁹ En este sentido la STC 151/1991 afirma que, es esa misma casuística y su consideración del caso concreto la que ha motivado su estimación en unos casos (STC 11/1989), y su desestimación en otros (STC 164/1988).

actuaciones instructoras¹⁰.

Por ello, antes de expresar los criterios que distinguen a una actuación instructora en el sentido expresado, es necesario delimitar el ámbito procesal en el que se enmarca la aplicación de esta causa de recusación, y al mismo tiempo reseñar el ámbito material de la exigencia de imparcialidad objetiva.

En principio cabe afirmar que la imparcialidad objetiva no tiene aplicación en el ámbito de las actuaciones sumariales efectuadas por el juez instructor, ni en la fase intermedia. Afirmación ésta que será objeto de desarrollo a continuación. Y tampoco constituye una exigencia que debe extrapolarse para analizar la adecuación de las facultades de actuación de oficio conferidas por la ley al juez o al Tribunal¹¹, porque ello desdibuja su verdadera significación como en su momento se determinará.

¹⁰ La exposición de motivos de la LECRIM de 1882 señala que «el juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar con imparcialidad (...) exento de las pasiones que enciende siempre la lucha en el ánimo de los contendientes y sin el aguijón del amor propio excitado en el juez instructor por las estratagemas que en ocasiones emplean el acusado y el acusador privado para burlar sus investigaciones y, aún sin eso, por las mismas dificultades inherentes de ordinario a la instrucción».

¹¹ En este sentido, PICÓ I JUNOY, «Nuevas reflexiones sobre la regla "quien instruye no debe juzgar"», *Problemas actuales de la justicia penal*, Director Picó i Junoy, Barcelona, 2001, 39 y ss.

**A) EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL
EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.**

El concepto tradicional de instrucción, según el cuál constituye una fase del proceso penal de actuación compleja en la que no sólo se llevan a cabo actos de investigación sino que, además, se realizan actos de valoración y de enjuiciamiento respecto a la procedibilidad de la acción penal y a la adopción de medidas cautelares, evidencia la heterogeneidad de funciones atribuidas al juez instructor, que debe ser analizada bajo la perspectiva de la imparcialidad objetiva.

La consideración de que la investigación llevada a cabo por el juez en el sumario constituye una actuación cuya eficacia contaminante sólo tiene relevancia respecto al conocimiento posterior en el juicio oral, resuelve de forma afirmativa la cuestión acerca de si en la instrucción el juez puede practicar actos de investigación y al mismo tiempo realizar actuación propiamente jurisdiccional sin menoscabo del derecho al juez imparcial¹².

¹² CORDON MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 1999, p. 107, que tajantemente declara «la consecuencia de la imparcialidad a la que nos estamos refiriendo (la prohibición de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones de instruir y de juzgar) se ciñe a la actividad de enjuiciamiento, por lo que su violación no es alegable en la fase de instrucción»; DELMAS-MARTY, «El proceso penal en Europa: Perspectivas», Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la UAM en el año 1994, y publicada en *Poder Judicial*, núm. 37, 1995, p. 82, señala precisamente que la

La idea clave que subyace a este razonamiento no es otro que el establecimiento de una neta distinción entre la imparcialidad objetiva, entendida como elemento configurador del principio acusatorio en cuanto requiere una neta separación entre el órgano instructor y el enjuiciador; y aquélla otra perspectiva de la imparcialidad del juez que aparece como exigencia del principio acusatorio en relación con el principio de contradicción, que traza el papel que han de desarrollar las partes y el juez a lo largo del proceso¹³, y que aunque se pone en conexión con la imparcialidad afecta a lo que hemos denominado neutralidad judicial.

La imparcialidad objetiva es una exigencia estructural del proceso que pretende que el conocimiento que se obtiene bajo el auspicio del principio inquisitivo, no tenga incidencia alguna en

fase de instrucción en la mayor parte de los países de la Comunidad «se coloca bajo la autoridad de un verdadero director de orquesta, el juez de instrucción. Director de orquesta, ya que el sólo acumula las funciones de policía, fiscal y juez», y declara que esa coexistencia de funciones implica un riesgo de confusión de poderes que lleva casi ineludiblemente a hacer dudar del ejercicio imparcial de las funciones del juez.

¹³ Vid. ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995, p 50, «la imparcialidad no debe confundirse ni con las exigencias del principio de contradicción, ni con la interdicción de la indefensión que no se comprenden en el principio acusatorio por más que no quepa negar su conexión»; Asimismo DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996, p. 416, acota y diferencia también el concepto de imparcialidad objetiva frente al concepto más amplio de imparcialidad judicial, en cuanto atributo derivado de un modelo procesal adversarial o acusatorio puro en el que el proceso es una cosa de partes respecto del cual el juez debe decidir sin inmiscuirse.

la convicción que se plasma en la resolución de fondo del proceso, puesto que ésta debe ser resultado exclusivo de la prueba practicada en el juicio oral¹⁴.

En todo caso, la exigencia de la imparcialidad objetiva como manifestación de la vigencia del principio acusatorio no es apreciable en el ámbito de la instrucción¹⁵. En este sentido se ha manifestado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional que declara que, «la sustitución del juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental», y añade «la

¹⁴ Por ello la STC 87/2001 de forma clara y contundente declara «afirmamos la compatibilidad con la Constitución del modelo legalmente vigente de Juez instructor, que dirige la investigación criminal y puede, en consecuencia, acordar de oficio la práctica de diligencias necesarias para determinar los hechos y las personas participantes en los mismos». Igualmente SSTC 41/1998 y 32/1994. Sin embargo, no faltan quienes dentro de la exigencia de imparcialidad objetiva incluyen la acumulación en el mismo órgano de actos instructores y la resolución acerca de la conveniencia y legalidad de las medidas cautelares. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿El juez de instrucción es inconstitucional?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 261, 1996, p. 4, que declara que al juez instructor se le asigna «una doble función que, en ocasiones, exige una auténtica esquizofrenia por incompatibilidad entre una y otra: ser al mismo tiempo parte acusadora (...), y además juez imparcial garante de los derechos fundamentales de las personas sospechosas. Es decir, que debe ser simultáneamente juez imparcial y parte parcial»; LORCA NAVARRETE, «¿Es constitucional la figura del instructor acusador?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 233, 1996, p. 3, que considera que el modelo de instrucción del sumario es un producto procesal perverso.

¹⁵ GÓMEZ COLOMER, «El Ministerio Fiscal, ¿jeje de la reforma procesal penal?, *Problemas actuales de la justicia penal*, Director Picó i Junoy, Barcelona, 2001, pp. 32 y 33.

imparcialidad objetiva de quien instruye y decide además la prisión provisional puede venir suficientemente avalada por exigencias tales como la postulación de esta medida por parte de la acusación, la celebración de un debate contradictorio previo, así como la existencia de un recurso inmediato ante un órgano judicial ajeno a la instrucción y con arreglo a una tramitación necesariamente acelerada»¹⁶.

En efecto, la incompatibilidad proclamada por la LOPJ entre instrucción y fallo no incluye referencia alguna a la conjunción de la práctica de diligencias materiales de investigación y de adopción de medidas jurisdiccionales que en el desarrollo de esta fase es preciso acordar, las cuales presuponen una imputación y requieren una valoración de las antedichas diligencias¹⁷.

¹⁶ Vid STC 87/2001, STC 41/1998, STC 98/1997, STC 32/1994, STC 136/1992 que entiende que el derecho a un juez imparcial en su vertiente objetiva se afirma únicamente respecto del acusado, y no es alegable en fase de instrucción del sumario o de las diligencias previas ya que en sede constitucional la lesión del derecho al juez imparcial sólo se consume tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en primera instancia; asimismo, STC 170/1993, y STC 136/1989. No comparte esta opinión el profesor GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. Madrid, 1999, p. 472, para quien «el juicio de probabilidad acerca de la presunta participación de una persona en un hecho punible, presupuesto de la prisión provisional, entraña un prejuzgamiento en torno a su culpabilidad, a fin de prevenir los «errores judiciales» y «de cumplimiento», por lo que sería de *lege ferenda* aconsejable que la Autoridad competente para la adopción de tal medida cautelar se desligara de la función de instrucción (a modo, por ej, del Ministerio Fiscal alemán), con lo que se objetivarían en mayor medida tales resoluciones».

¹⁷ En contra BELLIDO PENADÉS, «Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y la libertad provisionales», *Actualidad Penal*,

El otro perfil de la imparcialidad a que hacíamos referencia, y que nada tiene que ver con la exigencia que comporta la imparcialidad objetiva, se halla en relación con la posible lesión del principio de contradicción e igualdad de armas, y se invoca por quienes pretenden limitar la intervención del juez en la fase de instrucción a la meramente jurisdiccional¹⁸, o por quienes en la fase del juicio oral hacen negación de los poderes oficiales en la calificación jurídica y de actividad probatoria que prevén los art. 733 y 729.2 LECRIM¹⁹.

No obstante la distinción apuntada no resulta tan nítida, razón por lo cuál se ha llegado a

núm. 18, mayo 1998, p. 376, que considera que el requisito de la realización de un debate contradictorio previo no es definitivo en cuanto que ello no supone garantía de la imparcialidad del órgano que resuelve sino refuerzo del principio de contradicción y del derecho de defensa.

¹⁸ Vid MORENO CATENA, *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª ed, Madrid, 2000, p. 202; FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, p. 510 declara que «la efectividad del principio acusatorio, exigido desde los mandatos de contradicción igualdad de armas e imparcialidad del juzgador, encuentra un serio obstáculo en la figura del Juez Instructor».

¹⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, «El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial». *La Ley*, núm. 4898, concluye que atribuir iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no infringe la imparcialidad objetiva del juez, y que tal afirmación no constituye sino una exacerbación del principio acusatorio; CORDÓN MORENO, *Las garantías...*, op.cit., pp. 110-112, cuestiona la conveniencia de la teoría reductora de las facultades del juez desde la perspectiva de la imparcialidad, y en este sentido declara que «el interés público que informa el proceso penal fundamenta que no pueda dejarse a la disponibilidad de las partes la actividad probatoria y, como consecuencia, el deber de proponer y practicar, incluso de oficio, aquellos medios de prueba que sean necesarios para reconstruir los hechos relevantes siempre, por supuesto, que consten en autos las fuentes de prueba»; SAAVEDRA RUIZ, «La iniciativa del Tribunal en el acto

afirmar que cualquier intervención que se lleve a cabo a petición de parte, y en presencia de ambas en régimen de igualdad, sea o no formalmente instructora, no puede adquirir la condición de «prejuicio» o prevención, por lo que no constituye una actuación contaminante para futuras intervenciones en otras fases del proceso»²⁰. Nosotros sin embargo entendemos que se trata de cuestiones totalmente diferentes, una es la salvaguarda de la neutralidad del juez en la adopción del acto de imputación, y otra muy distinta la de su imparcialidad objetiva, entendida como ausencia de prejuicios previos adquiridos al margen de la actividad probatoria que se desarrolla en el juicio.

Por ello, la polémica relativa a si la autoridad competente para instruir el proceso penal debe seguir siendo el juez instructor, o por el contrario debe atribuirse al Ministerio Fiscal no debiera abordarse desde la perspectiva de la

del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECRIM», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, núm X.

²⁰ En este sentido, MOLINER TAMBORERO, «El derecho constitucional a un juez imparcial. Consideraciones en relación con el contenido de la sentencia 157/1993 TC». *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, que señala al respecto «las decisiones unilaterales acordadas de oficio, y sin esa garantía de la audiencia contradictoria, sea el juez instructor o el juez juzgador quien las adopte y cualquiera que sea la fase procesal en que se tomen, mientras no sean de simple ordenación del proceso e impuestas por ley, son objetivamente sospechosas de la existencia de un interés, prejuicio o prevención en quien así actúa derivada de la propia naturaleza del principio inquisitivo que las originó; por el contrario, la decisión adoptada a petición de parte, y dando intervención o vista a todos los

imparcialidad objetiva del órgano decisor, ya que ni la favorece, ni la perjudica puesto que para su defensa bastará respetar la neta separación entre el órgano instructor (juez o Ministerio fiscal), y el decisor²¹.

El establecimiento de una primera fase en el proceso penal encaminada a determinar la existencia de la acción penal, y la atribución de su dirección al órgano de la acusación no es una exigencia consustancial al sistema acusatorio mixto²², y en este sentido se ajusta perfectamente a este sistema, un proceso penal que como el nuestro atribuye la investigación al juez y no al Ministerio Fiscal²³.

interesados, coloca al juez o tribunal como un tercero imparcial».

²¹ Manifiesta ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 25, que la labor de instrucción, por su propia naturaleza, es difícilmente compatible con la imparcialidad. En consecuencia, para respetar la exigencia de la imparcialidad objetiva propone de *lege ferenda* encomendar la investigación a los órganos del Ministerio Fiscal; En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, «El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, núm. VI, 1989, pp. 267-281, al propugnar la sustitución del modelo procesal de instrucción judicial clásico por el de atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal en el que partiendo de la distinción entre actos jurisdiccionales y actos de investigación, se continuaría confiriendo a la autoridad judicial los primeros, en tanto que de los actos de investigación conocería el Ministerio Público.

²² Como declara el Tribunal Constitucional en la STC 32/94 « Bien es cierto que la Constitución mediante la consagración del principio acusatorio y del derecho a ser informado de la acusación, como derechos fundamentales, ha introducido en la fase de instrucción principio y paliativos propios del sistema acusatorio que han acentuado el derecho de defensa, el de conocer sin demora la imputación formulada contra una persona o los principios de contradicción o igualdad de armas, pero ni la Constitución, ni la Ley Orgánica 7/1988, que introdujo como director de la investigación».

²³ En este sentido, tal y como expone la STC 32/94 de 31

Por tanto, el juicio acerca de la conveniencia de aumentar la competencia del Ministerio Fiscal en el marco del proceso penal obedece a razones de oportunidad legislativa²⁴, quizá su reto se pueda afrontar como instrumento idóneo para preservar la neutralidad judicial en el ámbito de la instrucción²⁵. Ahora bien, reiteramos que en absoluto

de enero, «el sistema acusatorio posee, como nota esencial, la división del proceso penal en dos fases netamente diferenciadas: la instrucción y la de juicio oral, de las que han de encargarse dos órganos jurisdiccionales distintos».

²⁴ Veinte años más tarde tiene plena actualidad lo que señalaba la Fiscalía General del Estado, (Circular núm. 1/1989 sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988), «Ciertamente esa facultad de investigación que se concede al Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias», por lo que hasta que no se lleven a cabo las reformas estructurales de dotación de personal y material suficiente y orgánicas, tal cuestión es una polémica infructuosa.

²⁵ LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «El modelo de investigación penal de la CE 1978: los papeles asignados al juez, al fiscal y a la policía judicial», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 5, 1998, p. 104, efectivamente declara «que la raíz de todos los problemas radica en la atribución conjunta al juez de instrucción de dos misiones incompatibles: la misión de lograr el éxito de la investigación, y al propio tiempo, la de garantizar imparcialmente los derechos individuales de los implicados en la misma», y justifica ese menoscabo de la imparcialidad judicial en que al ser el responsable del éxito de la investigación, lo sitúa en una situación institucional y personal interesada en la misma a todas luces incompatible con la posición de imparcialidad, pero considera que la solución no pasa por atribuir al Ministerio Fiscal la función inquisidora e investigadora sino a la Policía Judicial; MORENO CATENA, «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 165; por contra MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, pp. 63-64, aduce como inconveniente de conferir la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal el hecho de que, «su organización se articula en orden al principio de dependencia jerárquica y por posibilitar la introducción en el proceso penal de un elemento perturbador del principio de igualdad de las partes en el proceso, en cuanto que el Ministerio Fiscal con todos los medios del Estado a su

la adopción del fiscal director de la investigación contribuye a amparar la imparcialidad objetiva del juez o magistrado encargado de la decisión.

A modo de conclusión cabe señalar que la exigencia de la imparcialidad objetiva únicamente tiene su proyección en el juicio oral. En ningún caso cabe efectuar su análisis en el desarrollo de la fase de instrucción, tal y como ha sido manifestado por el Tribunal Constitucional²⁶, que señala que el derecho a un juez imparcial en su vertiente objetiva desde una perspectiva constitucional se afirma únicamente respecto del acusado²⁷, y que su lesión sólo se consuma tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en primera instancia²⁸.

B) ANÁLISIS DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN LA FASE INTERMEDIA.

Distinto enfoque merece el supuesto que se

alcance prepararía la acusación mientras que el abogado del acusado no dispone de los mismos medios para preparar su defensa»; GÓMEZ COLOMER, «El Ministerio Fiscal, ¿jeje de la reforma procesal penal?», op. cit., p. 36 que postula la atribución de la instrucción al juez mientras por razones organizativas, estructurales y prácticas, principalmente porque el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo; CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal* op. cit., p.57, para quien «la atribución de la investigación al órgano judicial ofrece, en el plano objetivo, mayores ventajas, porque la independencia del juez ofrece unas garantías de imparcialidad funcional que no se dan en el Ministerio Fiscal».

²⁶ Vid. STC 32/1994.

²⁷ Vid. STC 136/1992.

refiere a la denominada y reconocida por la doctrina mayoritaria «fase intermedia», que es entendida como un periodo en el que el órgano jurisdiccional debe adoptar una serie de decisiones en orden a la valoración de la corrección o no de la declaración de conclusión del sumario, y determinar si se dan los presupuestos para acordar la apertura del juicio oral o, en caso contrario, acordar el sobreseimiento²⁹.

Toda la doctrina elaborada sobre la imparcialidad objetiva gira en torno a la ruptura o quebrantamiento de la imparcialidad en el juez que actúa como instructor, y que más tarde entra a formar parte del Tribunal que ha de conocer de la causa. Doctrina ésta que no es extrapolable a los magistrados que integran el Tribunal que conoce de la fase intermedia.

En el juicio ordinario el conocimiento de la fase intermedia se atribuye al Tribunal al que le correspondería, de celebrarse, el conocimiento del juicio oral, puesto que el juez instructor pierde la competencia del proceso en el momento en el que se dicta el auto de conclusión del sumario (art. 622 LECRIM).

Precisamente por ello, no faltan quienes expresan la aptitud de este régimen legal para

²⁸ SSTC 136/1989 y 170/1993.

²⁹ Vid. MORENO CATENA, *El proceso penal*, T. III, Valencia, 2000, p. 1875.

preservar la imparcialidad del juez en esta fase procedimental previa al juicio³⁰. Pero tampoco faltan quienes manifiestan sus reticencias a la adecuación de este régimen de competencia para garantizar la imparcialidad objetiva de aquellos jueces que son partícipes en la fase intermedia, respecto a su actuación posterior en el juicio oral³¹.

La finalidad esencial de la fase intermedia es determinar si se abre o no el juicio oral, por lo

³⁰ PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Madrid, 1989, p. 300; FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Penal*, T. II, 2ª ed., Barcelona, 1952, p. 188, que arguye que «el sujeto que dicta la resolución mediante la cual se sobresee el proceso es distinto de aquél que instruye el sumario mismo, siguiendo el principio en virtud del cual se separa en el proceso por delito la persona que instruye de las que deciden»; en el mismo sentido AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1923, p. 556, que señala respecto a la conveniencia de separar la instrucción de la declaración de sobreseimiento que «si bien el sobreseimiento no es una verdadera sentencia, porque no puede condenarse ni absolverse en ese estado del procedimiento, produce, como ha dicho un autor, los mismos efectos de la absolución, en sentido definitivo si fuere libre y temporal o provisionalmente en otro caso, poniendo término al procedimiento también de una manera definitiva o provisional (...) y basta esta consideración para comprender la necesidad de que la adopción de dicho acuerdo no se lleve a cabo por el mismo juez que instruyó la causa, quien por el sólo hecho de haberla instruido y de decretar el procesamiento del responsable, presunto a su juicio, tiene que forma desde luego un criterio que puede constituir un verdadero prejuicio al tener que pesar y medir las razones que pueden aconsejar dicho acuerdo».

³¹ Así VERGÉ GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, p. 94, declara que dado que la valoración del material instructorio ha de ser positiva o negativa para pronunciar o no una decisión inculpativa, no es conveniente que quién realice tales valoraciones tenga que juzgar después sobre el fondo, pues "psicológicamente", existirá cierta «contaminación»; en el mismo sentido, VÁZQUEZ SOTELO, «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1984, pp. 391-392; PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, 1998, p. 102.

que en ella se efectúan una serie de pronunciamientos respecto a la viabilidad de la acusación, o lo que es lo mismo se resuelve respecto a si concurren o no los presupuestos, formales y materiales, que condicionan la apertura del juicio oral; en el primer caso se dictará el auto de apertura, y en el segundo, el sobreseimiento.

Por consiguiente, la apertura del juicio oral requiere además de que una de las partes acusadoras interponga la pretensión penal en los escritos de calificación provisional, una valoración del material fáctico recogido y de su supuesta tipicidad, que se concrete en un juicio positivo respecto a la existencia de indicios racionales de la perpetración del hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa, de su tipicidad y de la responsabilidad criminal del procesado³².

³² En este sentido, la STC 170/93 declara que «el auto que declara la apertura del juicio oral, (...) es un acto inequívocamente instructor cuya adopción inhabilita a quien lo adopta a actuar como juez sentenciador», por cuanto «contiene una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el juez es llamado a sentenciar, de ahí que se haya roto la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un juez sentenciador»; en el mismo sentido la STC 320/93, declara que el juez de instrucción adoptó el auto de apertura del juicio oral y la consecuentes medidas cautelares acordadas en el mismo, siendo precisamente la adopción de estas medidas lo que determina la actividad instructora en cuanto «constituye el común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que pueden disponerse en el proceso penal el de su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción, que estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el juez de instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (art. 503.3 y 589 LECRIM). La asunción por el juez de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el juzgador, cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que

Quizá la vinculación de la Audiencia a la petición conjunta de ambas partes acusadoras, o de cualquiera de ellas para acordar la apertura del juicio oral dispuesta en el art 645 LECRIM, reste importancia a la participación en el posterior juicio oral de magistrados que previamente hubiesen dictado el auto de apertura. Y ello porque salvo que se trate del supuesto previsto en el art. 637.2 LECRIM, esto es no ser el hecho constitutivo de delito, en cuyo caso la Sala puede desvincularse de la petición de parte y acodar el sobreseimiento, habiendo una parte que inste la apertura debe acordarla, en todo caso³³.

Esta razón ciertamente constituiría un argumento relevante para justificar la imparcialidad objetiva del órgano que adopta dicha decisión, en el posterior conocimiento del juicio oral, si se diera este supuesto. Y ello por cuanto que al ser una resolución supeditada a la petición de las partes, de la que sólo se puede apartar cuando el hecho no sea constitutivo de delito³⁴, supone un

compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer en la fase del juicio oral contra el acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar».

³³ Un intento de interpretar la vinculación de la Sala a la petición discordante de apertura del juicio oral por parte de los acusadores es establecida por CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 573, reiterando la opinión ya manifestada en *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, pp. 85-87.

³⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, op. cit., p. 85 declaraba que «el legislador ha entendido el principio acusatorio de manera extraña, extralimitando el poder de acusación hasta términos insospechados, dejando, en definitiva, en manos del Ministerio Fiscal la determinación en el aspecto negativo

enjuiciamiento que se circunscribe a constatar la ausencia del supuesto objetivo que posibilitaría el sobreseimiento, por lo que ni conlleva un juicio valorativo de culpabilidad respecto de una persona concreta, ni exige un examen exhaustivo del resultado de las actuaciones de investigación que se han practicado durante la instrucción³⁵.

Ahora bien, después de la STC 66/1989, de 17 de Abril que efectúa una interpretación integradora del art 627, de conformidad con los art 24. 2 CE y 5.1 y 7.2 LOPJ, tanto los imputados que se personen como los procesados deben tener la oportunidad de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, y en su caso de interesar la práctica de nuevas diligencias, o de que se levante simplemente el procesamiento acordado por falta de indicios racionales de criminalidad, para lo cual también se les debe dar traslado de los autos para su instrucción conforme a lo previsto en el art. 627 LECRIM.

La intervención del procesado en esta fase procedimental reviste indudable importancia en cuanto permite a la Sala decidir libremente sin problemas de justicia rogada, y efectuar un

positivo de la existencia de la acción penal. Una cosa es que no se pueda empezar un juicio sin incitación de parte, y otra es que siempre que haya incitación necesariamente tenga que haber proceso».

³⁵ CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 573.

auténtico «juicio sobre la acusación»³⁶. Este juicio constituye una resolución de fondo o sobre la acción penal³⁷, y por ello en este caso cabría cuestionar la oportunidad de atribuir el enjuiciamiento al mismo órgano que dictó el auto de apertura del juicio oral, desde la perspectiva del derecho al juez imparcial.

Efectivamente, en su adopción realiza una valoración del material fáctico que se ha puesto al descubierto en el desarrollo de la instrucción, y ello permitiría cuestionar si el órgano enjuiciador no ha adquirido ningún prejuicio al efectuarla³⁸. Duda razonable que la doctrina más garantista esgrime para instar la precisa separación entre el órgano decisor y aquél que tenga atribuido el

³⁶ VERGÉ GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, op. cit., p. 90, declara que «con la intervención del procesado en esta fase intermedia es posible llegar a los mismos resultados a los que llega el derecho comparado y a los que permite llegar el proceso abreviado; es decir, a desvincular al Tribunal de las peticiones de las partes».

³⁷ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal penal*, 10ª ed., Madrid, 1987, p. 234.

³⁸ En este sentido la STC 310/2000 respecto a la aptitud de haber dictado un auto de apertura del juicio oral para conculcar la imparcialidad, expresa «se trata no sólo que el juez haya de mantenerse alejado de la investigación de la causa, material sumarial, de funciones de acusación, de actividades que provoquen una primera impresión sobre la responsabilidad del acusado, sino de mantenerse ajeno, específicamente también, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, ya sea de manera indiciaria o provisional como la que se requiere en los autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe dicha incriminación de forma preventiva, como resulta necesario para dictar las medidas cautelares. En este contexto, en definitiva, el derecho al juez imparcial comprende no sólo la exclusión de las prevenciones y prejuicios efectivamente producidos como resultado de dichas actuaciones, sino también la exigencia de prevenir la impresión,

conocimiento de la fase intermedia, bien mediante la creación de un órgano específico que conozca de la fase intermedia³⁹, o bien disponiendo una medida orgánica en el reparto de los asuntos y encomendando la resolución de los recursos contra los autos del instructor y la decisión sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento a una sección de la Audiencia distinta de aquella que deba conocer del juicio oral⁴⁰.

Precisamente, la solución dada por el legislador en el proceso abreviado regulado por LO 7/1988⁴¹ ha sido atribuir el «juicio de acusación»⁴² de la fase intermedia al propio juez de

apariencia o imagen externa de que el juez no acomete la función de juzgar con plena imparcialidad».

³⁹ En efecto se ha propugnado atribuir la fase intermedia así como los recursos devolutivos de la fase sumarial a un órgano intermedio que, sin haber intervenido en el sumario, no vaya tampoco a intervenir en el plenario. VÁZQUEZ SOTELO, «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal», op. cit., p. 392.

⁴⁰ Solución mantenida por VERGÉ GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, op. cit., p. 95. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «La imparcialidad objetiva o la denominada "contaminación procesal" (El derecho al juez no prevenido)», op. cit., p. 383; RODRÍGUEZ SOL, «La imparcialidad objetiva de los Tribunales antes y después de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de Octubre de 1998 (Caso Castillo Algar vs. España)», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2000, pp. 123 y 124.

⁴¹ Así afirma el Tribunal Constitucional en la STC 86/1990, de 15 de Noviembre que «la principal característica del nuevo Proceso penal abreviado, desde la óptica de nuestra doctrina sobre el juez imparcial, estriba en haber residenciado la fase intermedia en el juzgado de instrucción y no en el de enjuiciamiento, con lo que la imparcialidad del órgano decisor queda plenamente garantizada».

⁴² Vid. ALMAGRO NOSETE, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988, con otros*, Valencia, 1989, p.198.

instrucción⁴³.

El fundamento que subyace a esta atribución radicaría en preservar la imparcialidad objetiva del órgano al que se le hubiese encomendado el conocimiento del juicio oral de una contaminación inquisitiva⁴⁴.

En el procedimiento abreviado a diferencia del proceso ordinario no existe una declaración explícita de conclusión de la fase de instrucción, pero la misma se halla implícita en cualquiera de las resoluciones que señala el art. 789. 5 LECRIM. Tal y como declara la STC 186/1990, «cuando el instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como de la imputación subjetiva de los mismos. Dicho de otro

⁴³ La impecabilidad de esta solución ha sido puesta de manifiesto entre otros por VERGÉ GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, op. cit., p. 107; MASCARELL NAVARRO, «El sobreseimiento libre, como alternativa a la apertura del juicio oral, en el proceso penal ordinario por delitos más graves», *Justicia*, núm. IV, 1988, p. 895, que considera acertado que se atribuya al decisión sobre apertura del juicio oral o el sobreseimiento al propio juez instructor en el sumario ordinario.

⁴⁴ En contra SÁNCHEZ BARRIOS, «Sobreseimiento e imparcialidad», *Justicia*, núm. IV, 1990, p. 880, para quien la atribución de la competencia para acordar el auto de sobreseimiento libre al juez de instrucción, teniendo presente que tal resolución produce el efecto de cosa juzgada y resulta equiparable a una sentencia absolutoria, comporta la acumulación en una misma persona de las funciones de instrucción y fallo incompatibles con la garantía de la imparcialidad, de ahí que postule de lege ferenda que sea el mismo órgano que haya de dictar sentencia el que adopte el auto de sobreseimiento.

modo, cuando adopta la decisión de continuar el procedimiento según lo previsto en el art. 789.5 LECRIM, también rechaza implícitamente la procedencia de otras resoluciones del art. 789.5 y de modo especial el archivo o sobreseimiento de las actuaciones». Por consiguiente, «esta decisión supone un juicio de relevancia sobre el hecho hasta entonces investigado, por el que se realiza una imputación objetiva, el carácter delictivo del hecho, y subjetiva, la participación en él de una persona concreta, sin perjuicio de la posterior calificación de las partes acusadoras que, en su caso, determinaran la apertura del juicio oral»⁴⁵.

El régimen de competencia establecido para el procedimiento abreviado que supone la acumulación de la función inquisidora de la instrucción y la decisión sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral en el juez instructor, también ha sido establecido para el proceso del jurado en el art. 32 LOTJ.

Éste régimen se decanta por el establecimiento de una rotunda separación entre la instrucción y el juicio oral, pero cabe expresar ciertas reticencias respecto a la adecuación del mismo como garante de la neutralidad del juez. Como expresa DAMIÁN MORENO⁴⁶, el modelo en el que se ha inspirado el

⁴⁵ Vid. asimismo la STS 18-2-1999 (RAJ 870).

⁴⁶ Vid. DAMIÁN MORENO, «El juez de instrucción en los procesos atribuidos al Tribunal del Jurado: un típico fenómeno de

legislador español para delimitar las normas de competencia en el proceso del jurado es incompatible con el mantenimiento de la figura del juez de instrucción puesto que ello provoca profundas contradicciones que se ponen de manifiesto en los poderes atribuidos al juez en las distintas fases en la que se organiza este nuevo procedimiento, hasta el punto que conforme avanza la instrucción el mismo juez viene obligado a asumir personalidades diferentes dependiendo del escenario en que se mueva en cada momento.

Precisamente es la acumulación en el juez instructor de funciones inquisitivas y al mismo tiempo decisorias, como la que tiene lugar respecto del sobreseimiento libre⁴⁷, la que posibilita que sea cuestionada la imparcialidad objetiva del juez instructor en la fase intermedia.

Quizá la solución para soslayar, tanto las críticas dirigidas al régimen previsto para el proceso común ordinario al conferir competencia para conocer de la fase intermedia al propio órgano encargado de la decisión, como la dirigida al régimen previsto en el procedimiento abreviado y el

desdoblamiento de personalidad», *Jueces para la democracia*, núm. 29, julio 1997, pp. 34-36.

⁴⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, con otros, Madrid, 2001, p. 322 y 409, declara que el sobreseimiento libre supone una negación anticipada del derecho de penar del Estado y se produce un efecto absolutamente similar a la absolución de sentencia, por cuanto produce el efecto de cosa juzgada pero sólo en sentido negativo; un estudio pormenorizado del sobreseimiento libre y provisional puede verse en ROMERO PRADAS, *El sobreseimiento*, Valencia, 2002.

proceso del Jurado, implique una exquisita separación competencial entre el órgano instructor, el acusador, y el decisor. Disponiendo la atribución de la fase intermedia, y del conocimiento de los recursos devolutivos contra las resoluciones del juez instructor, a un órgano específico que no tenga atribuida competencia en la fase de instrucción, ni en la posterior fase del juicio oral al modo de la *Chambre d'Accusation* francesa⁴⁸.

En este sentido VÁZQUEZ SOTELO⁴⁹ ha manifestado que «conviene que el Tribunal del juicio se enfrente en el juicio por primera vez habiéndose mantenido hasta entonces rigurosamente al margen del mismo», por lo que hubiera sido todo un acierto que la LECRIM hubiera dispuesto «las actividades de la fase intermedia, todos los pronunciamientos devolutivos

⁴⁸ PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, op. cit., p. 104, considera que se trata de una solución antieconómica desde la perspectiva temporal y de recursos disponibles, y comporta asimismo desaprovechar el conocimiento inmediato que ha obtenido el juez de instrucción.

⁴⁹ VÁZQUEZ SOTELO, «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal», op. cit., pp. 390 y 391. En el mismo sentido BERMÚDEZ OCHOA, «Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal". La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 97; también en «La configuración jurisprudencial del concepto de imparcialidad objetiva», *Justicia*, núm. 1, 1997, p. 147, sugiere como solución concreta «el establecimiento de una Sala especial de instrucción análoga a la francesa, que se ocupase de resolver las distintas incidencias derivadas de la instrucción, permitiendo acceder al conocimiento del juicio oral a magistrados que ningún contacto anterior tuvieron con el concreto proceso»; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «La imparcialidad objetiva o la denominada "contaminación procesal" (el derecho al juez no prevenido)», op. cit., p. 384; RODRÍGUEZ RAMOS, «La imparcialidad judicial objetiva», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 376, 1999, p. 5.

de la fase sumarial, en manos de un órgano intermedio que sin haber intervenido en el sumario, no vaya tampoco a intervenir en el plenario».

Y como declara VERGÉ GRAU⁵⁰, poco costaría, mientras no se reforme la LECRIM, una simple medida orgánica en el reparto de los asuntos, encomendando la competencia a una sección de la Audiencia distinta a aquella a la que con posterioridad haya de conocer del juicio oral.

3. INTERVENCIÓN PREVIA CONTAMINANTE: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN.

Como hemos señalado con anterioridad el concepto de instrucción que en materia de imparcialidad objetiva ha desarrollado la jurisprudencia, no guarda correlación con el que tradicionalmente ha sido acuñado por la dogmática procesal. Por ello, quizá apelando a un mayor rigor léxico cabría defender la expresión de «intervenciones contaminantes» para determinar aquellas actuaciones que merecen el calificativo de instructoras en el sentido de susceptibles de quebrantar la imparcialidad de aquél que las efectuó. Principalmente en razón a la posibilidad que confieren de adquirir una convicción anticipada del objeto del proceso no compatible con las

⁵⁰ VERGÉ GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, op. cit, p. 95.

garantías que distinguen al proceso debido,

No existe unanimidad en lo que respecta a la concreción de cuáles sean aquellas intervenciones previas que permiten objetar la imparcialidad objetiva del juez decisor, ni los criterios que permiten su delimitación.

Por un lado cabe notar una tendencia jurisprudencial que secunda el criterio de la relación directa con las fuentes de prueba como criterio único y excluyente de delimitación de actuaciones previas contaminantes; y por otro lado, junto al anterior criterio una propensión por parte de la doctrina a la defensa del criterio valorativo como criterio suficiente, que permite considerar contaminantes otras actuaciones no investigadoras, pero que asimismo importan la posibilidad de haber obtenido un conocimiento previo del objeto del proceso sin las garantías que procura el juicio oral.

A) TEORIA DE LA INMEDIATIVIDAD.

La «teoría de la inmediatividad» defiende el criterio de la relación directa con las fuentes de prueba y con los medios de investigación como único criterio identificador de aquellas actuaciones cuya práctica permite descalificar al juez que intervino en su realización, para asumir con posterioridad

funciones de enjuiciamiento en ese mismo proceso⁵¹.

Esta doctrina fortalece la tendencia restrictiva que cada vez con mayor rigor se evidencia en nuestro sistema recusatorio, porque su consecuencia inmediata es entender que la proscripción insita en la máxima «el juez que instruye no debe juzgar» queda circunscrita a la realización práctica de diligencias de investigación que signifiquen un contacto directo con las fuentes de prueba⁵².

⁵¹ Así la STC 145/1988 de 12-7, expone claramente este criterio que resume en la siguiente afirmación «es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda, y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado», si bien matiza la anterior afirmación al expresar que, «no toda intervención del juez antes de la vista tiene carácter de instrucción. Baste recordar que en el procedimiento penal ordinario la Audiencia Provincial conoce en apelación de los autos dictados por el juez instructor e incluso puede decretar, de oficio, la práctica de nuevas diligencias al conocer del auto de conclusión de sumario (art 631 de la LECRIM). Es como se ha dicho, la investigación directa (...) lo que forma el núcleo esencial de una instrucción». No obstante, en este supuesto consideró integrante de la actividad instructora el decidir sobre la situación personal del imputado porque «exige, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria de la culpabilidad consecuencia de la investigación, pues para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer criminalmente responsable del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión».

⁵² FAIRÉN GUILLÉN, *Temas del ordenamiento procesal*, T. II, Madrid, 1969, pp. 1206-1207, atribuye al proceso inquisitivo el principal defecto de confundir la función de juzgar con la de investigar, y al respecto reproduce unas palabras del maestro italiano Carnelutti que son del máximo interés «la investigación es un trabajo psíquico, a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación

Según la jurisprudencia, «es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal tome las decisiones que le corresponda, y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto de la culpabilidad del imputado, quebrantándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora»⁵³.

En efecto el Tribunal Constitucional, a la hora de establecer las cláusulas de inconstitucionalidad respecto a las intervenciones previas de los juzgadores partiendo de la incompatibilidad legal entre función instructora y función enjuiciadora, no ha considerado que toda intervención previa pueda erigirse en menoscabo de la imparcialidad objetiva del juzgador y de la confianza que los Tribunales deben inspirar a los justiciables sino que ha

delineándose en él un interés por el éxito de aquella; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece la investigación perjudica a la valoración» Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, T. II, Roma, 1949, pp. 180/ ss.

⁵³ Vid SSTC 145/1988; 164/1988; 106/1989 ; 11/1989; 170/1993; 372/1993; 142/1997. En este sentido es muy representativa la STS 14-11-1994 (RAJ 9081) señala «si lo que genera la llamada "contaminación inquisitiva" que ensombrece o elimina la imparcialidad objetiva es la investigación directa de los hechos, claro está que la mera desestimación del recurso de apelación interpuesto contra un auto de procesamiento, desestimación que sólo implica que el Tribunal no desaprueba la apreciación de indicios racionales de criminalidad en el procesado realizada cautelarmente por el instructor, no debe ser considerada, en modo alguno una actividad instructora susceptible de contaminar la imparcialidad objetiva del tribunal».

particularizado cuáles son éstas atendiendo primordialmente al criterio de inmediación con los actos de investigación. Así la realización de actos de investigación tales como recibir declaración al imputado⁵⁴, practicar un careo⁵⁵, o practicar una inspección ocular si quedan comprendidos dentro del ámbito de comprensión de esta causa⁵⁶.

No obstante ser el criterio de la inmediación un criterio hegemónico en la materia, éste no se aprecia de forma absoluta e inequívoca por parte de la jurisprudencia. Por ello, pese a afirmar que la investigación directa constituye el núcleo esencial del concepto de instrucción, no siempre un acto procesal inquisitivo practicado en presencia del juez decisor con carácter previo al juicio oral ha tenido la consideración de actuación procesal instructora con la carga conceptual que dicho calificativo conlleva. Para ello, ítem más, se ha

⁵⁴ La STC 11/89, de 24-1 señala que la declaración tomada por el juez a los protagonistas del hecho y a diversos testigos es «una diligencia propia de una investigación tendente, como es lógico, a determinar la existencia y veracidad de las imputaciones de la denuncia», y en consecuencia estima conculcado el derecho al juez imparcial al considerar «que se está ante un supuesto en que al menos de ha roto la apariencia de imparcialidad que constituye también el fundamento de la garantía del juez decisor ajeno a la investigación previa»; en el mismo contenido las SSTC 106/89 de 8 de junio; 151/91 de 8 de julio; 113/92 de 14 de septiembre; 320/93 de 8 de noviembre; 142/97 de 15 de septiembre.

⁵⁵ Vid STC 151/91 de 8 de julio.

⁵⁶ Vid STC 142/97 que considera que la circunstancia de haber estado en contacto con el material probatorio necesario para que se celebre el juicio es la que puede hacer nacer en el ánimo del juez o tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del acusado.

estimado preciso que dicha intervención hubiere tenido una connotación activa⁵⁷.

A.1) CONSECUENCIAS MÁS RELEVANTES DE LA TEORÍA DE LA INMEDIACIÓN.

La doctrina de la primacía del criterio de inmediatividad respecto al criterio valorativo y su condición excluyente da lugar a significativas consecuencias prácticas entre las que cabría destacar, que permite estimar que la adopción de medidas cautelares y la confirmación de actos de imputación a través del conocimiento de los recursos

⁵⁷ Al respecto la STC 106/89 realiza de forma indubitada una matización al criterio de la inmediatividad en cuanto que si bien estima que el interrogatorio judicial del detenido constituye una actuación que merece el calificativo de instrucción, precisa «no todo interrogatorio judicial ha de originar necesariamente la presunción de pérdida de imparcialidad, y así sucede por ejemplo en la declaración del imputado «para ser oído», de los art 486 y 488 de la LECRIM, en la que como su nombre indica el juez debe limitarse a escuchar la declaración del imputado sobre los cargos, con carácter previo a adoptar en su caso el procesamiento, dicha pérdida de imparcialidad objetiva ha de estimarse concurrente en el interrogatorio judicial del detenido (art. 386 LECRIM), en el que, siendo de aplicación inmediata o supletoria, las normas relativas a las «declaraciones indagatorias», las preguntas del juez han de ser directas y dirigirse «a la averiguación de los hechos y la participación en ellos del procesado» (art. 389 LECRIM), por lo que al término de dicho interrogatorio el juez puede haber formado una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible que hace obligada su exclusión en el hecho punible»; asimismo la STC 372/93, de 13 de Diciembre manifiesta que «practicar una diligencia de careo poniendo de manifiesto las contradicciones entre los careados no constituye una actividad de investigación directa de los hechos, en cuanto no se requirió una valoración inicial de los hechos, ni se tradujo en la adopción de medidas cautelares o en el interrogatorio activo de la parte por el juez».

interpuestos contra las resoluciones del instructor, son actuaciones no contaminantes.

a) En primer término, la afirmación de que la adopción de medidas cautelares no es actuación contaminante respecto a la posterior función de enjuiciamiento se vería refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, en el proceso de menores el Alto Tribunal ha estimado acorde a principios de máximo rango constitucional, como es el de la imparcialidad judicial, la acumulación en el mismo órgano judicial de la adopción de medidas cautelares restrictivas de la libertad del sujeto, por un lado, y el enjuiciamiento del proceso por otro⁵⁸.

En el ámbito específico del procedimiento de menores consecuentemente con esta reflexión se aprecia una redefinición del carácter instructor de las actuaciones contaminantes por consideración que dicha adjetivación sólo se puede conferir a las actuaciones que supongan la culminación de una actuación inquisitoria de carácter directo y sin respetar la garantía de contradicción.

⁵⁸ Vid. STC 60/1995 de 17 de marzo, resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art 15 Ley Orgánica 4/1992, 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores en cuanto contemplaba la posibilidad de que el Juez de menores competente para el conocimiento de la fase de enjuiciamiento y decisión pudiese, con carácter previo, disponer medidas limitativas de los derechos fundamentales del menor contra el que se dirigía el procedimiento.

En efecto, en este específico proceso la investigación directa ha sido desgajada y conferida al ministerio público, de ahí que se considere que el juez de menores no puede ser catalogado como juez instructor sino como un «juez de la libertad» o «garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales».

La intervención sucesiva del juez en el desarrollo del proceso acordando primero medidas restrictivas de derechos fundamentales del menor contra quien se dirige el procedimiento, y procediendo con posterioridad a su enjuiciamiento, a juicio del Tribunal Constitucional no conculca el derecho al juez imparcial. Principalmente, por la concurrencia simultánea de dos distintas circunstancias: de un lado, el hecho ya mencionado de que la instrucción en cuanto sinónimo de investigación ha sido asumida por el Ministerio Fiscal, y de otro, la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de tales medidas, lo que «dota al juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el Ministerio público-instructor, la acusación y la defensa»⁵⁹.

⁵⁹ Vid. asimismo el ATC 148/1999 14-6 que afirma que «legalmente la intervención del juez de menores no tiene naturaleza de actividad instructora sino que supone el ejercicio de la función de salvaguarda de las garantías del proceso por vía de recurso (...) en éste ámbito un Juez de Menores perdería su imparcialidad si él personalmente ordenara llevar a cabo bien la incoación del expediente, bien alguna diligencia instructora».

Tal adecuación sólo es posible constriñendo el concepto de actuación instructora contaminante a la actuación inquisitiva, y considerando que la valoración que efectúa el juez del material incorporado por el ministerio fiscal cuando adopta una medida cautelar no es merecedora del mismo. Es evidente que con dicha valoración se ha podido formar un prejuicio provisional sobre la culpabilidad del acusado pero se trata de un juez desprovisto de iniciativa en la actividad investigadora⁶⁰.

b) La segunda consecuencia que adelantábamos cabe atribuir a la primacía del criterio de inmediación habida cuenta del sistema impugnatorio de carácter devolutivo que contempla nuestra LECRIM para las resoluciones del juez de instrucción, ha sido considerar que la actividad cognoscitiva que entraña la resolución del recurso es una actividad no contaminante.

La ausencia de contacto directo con las fuentes de investigación justifica resolver en sentido afirmativo la cuestión que se plantea respecto a si el órgano judicial al que competente el conocimiento del recurso mediante el que se impugna las resoluciones interlocutorias dictadas por el juez de

⁶⁰ ORAA GONZÁLEZ, «El derecho al juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás», *Poder Judicial*, 1992, p. 167, para quien con el calificativo de "directa" se ha pretendido restringir el concepto de instrucción a fin de no erigir en causa de recusación la valoración que realiza el Tribunal del material que incorpora otro juez.

instrucción, en materia de medidas cautelares y de procesamiento, puede considerarse órgano imparcial respecto del posterior enjuiciamiento de la causa cuando esté integrado con alguno de los jueces que intervinieron en la resolución del recurso⁶¹. También ha permitido afirmar el derecho al juez imparcial cuando el órgano competente para el enjuiciamiento del acusado, previamente al juicio oral en atención a la facultad que le confiere el art 384.6 LECRIM hubiese acordado de oficio el procesamiento⁶².

A.2) ANÁLISIS CRÍTICO DE ESTA TEORÍA.

Ciertamente el criterio de inmediación resulta incuestionable como regla que permite la concreción de actuaciones susceptibles de generar un prejuicio o convicción anticipada, y que consecuentemente justifican la existencia de un temor racional

⁶¹ Vid. AATC 100/98, 335/97 ; STC 55/1990; STS 16-10-1998, *Tribunales de Justicia*, núm. 6, 1999; en contra puede apreciarse la STEDH 28-10-1998, Castillo Algar c. España.

⁶² En este sentido el propio Tribunal Constitucional en el ATC 220/1989, en un supuesto en el que uno de los jueces que intervino en el enjuiciamiento había acordado previamente el procesamiento, arguyendo precisamente que la decisión acerca del procesamiento de una persona sólo reviste carácter instructor cuando culmine una actuación inquisitoria de carácter directo, y ello porque la misma «se caracteriza por haber tenido el órgano instructor contacto inmediato con las fuentes de donde procede el material probatorio, que más tarde se hará valer, y esa inmediatez priva a la actuación de las garantías de publicidad, defensa y contradicción propias del juicio oral», de manera que cuando tal imputación se acuerda en atención a lo inquirido directamente por otro órgano judicial, pese a considerar que tal actuación comporta «en sentido literal y no peyorativo un prejuicio», no considera que tenga carácter instructor.

respecto a la imparcialidad del juez que hubiere acordado la práctica de diligencias de investigación. Ahora bien, la defensa de éste como el único criterio que procura la determinación de un juez prevenido proporciona una configuración parcial y limitada de éste, porque desconoce la naturaleza compleja de las actuaciones que se llevan a cabo en la fase de instrucción.

A la invocación del concepto de instrucción que establece esta causa de recusación debiera corresponderle un desarrollo coherente con el término utilizado. Por tanto, no parece admisible que tras una invocación formal del mismo pueda excluirse de su ámbito conceptual aquellas actuaciones de imputación judicial, que tanto desde un punto de vista formal, como desde una perspectiva material u objetiva conforman la instrucción en sentido estricto.

En efecto, el que «la existencia de indicios racionales de criminalidad» constituya el presupuesto material que su adopción requiere, permitiría afirmar la existencia de un prejuicio susceptible de cuestionar la imparcialidad de quien la adopta. Pero además es que esta valoración entraña y posibilita la obtención de un conocimiento de los hechos que se han ido poniendo de manifiesto en el desarrollo de actuaciones sumariales, y que por tanto se habría obtenido sin las garantías que concurren en el juicio oral. Es indudable que la investigación directa es una actuación eminentemente

instructora, más no cabe la plena identificación o confusión de ambos términos porque al comprender la instrucción contenidos diversos al meramente averiguatorio, ello supondría confundir el todo con la parte⁶³.

La objeción principal que podría hacerse a la teoría de la inmediación es que prescinde de la actividad jurisdiccional que desarrolla el juez en la fase de instrucción. El juez en su actuación inquisitiva debe valorar los resultados obtenidos, no sólo como premisa para acordar nuevos actos de investigación también es precisa para dirigir la actuación investigadora frente a determinada persona, y en su caso para acordar medidas de aseguramiento frente a ella.

Al efectuar esta valoración o enjuiciamiento provisional, resulta obvio que podría haber adquirido conocimiento de los hechos que configuran

⁶³ La jurisprudencia suele asimilar el concepto de instrucción al de actuación investigadora, lo cuál se traduce en una confusión terminológica. En este sentido, la STC_164/1988 llega a afirmar que «la investigación directa de los hechos con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, dirigida frente a determinada persona, es la que puede considerarse integrante de una actividad instructora». No obstante esta afirmación, es preciso aclarar que tanto la función inquisitiva como la acusatoria no es predicable de la investigación directa sino de la actuación del juez en la fase procedimental de la instrucción en la que desarrolla actuaciones contenido heterogéneo, que van desde una actuación de naturaleza esencialmente administrativa, dirigida a constatar la perpetración del delito y la averiguación del delincuente y que requiere el desarrollo de actos de investigación, hasta una actuación netamente jurisdiccional, destinada a asegurar a la persona del imputado y sus responsabilidades pecuniarias y a preparar el juicio oral, y que comprende tanto la emisión de actos de imputación como la adopción de medidas cautelares.

el objeto del proceso. Y esta posibilidad es precisamente la que se soslaya por quienes participan de la teoría de inmediación, al no prever tal eventualidad.

La abstracción hecha del criterio de valoración como criterio evidente que permite por sí mismo delimitar actuaciones contaminantes, ocasiona que los actos jurisdiccionales de imputación⁶⁴, únicamente adquieran la consideración de actividad instructora determinante de prevención cuando hubiesen sido adoptados por el juez que a su vez ha llevado a cabo actos de investigación⁶⁵. Y se considera que el prejuicio o juicio anticipado de culpabilidad que dicha valoración entraña carece de entidad suficiente para incidir en el sentido de la resolución del juicio definitivo, en cuanto que en este último el juez debe fallar en atención a verdaderas pruebas y no sólo en base a meros indicios, como ocurre en el enjuiciamiento provisional que lleva a cabo en la fase de instrucción.

Por todo lo anterior cabría concluir que el concepto de instrucción en cuanto delimitador de aquellas intervenciones previas a la celebración del juicio oral que dan lugar a un juez prevenido

⁶⁴ Como señala MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 315, la imputación consiste en atribuir a una persona determinada participación criminal en unos concretos hechos que presentan los caracteres de delito o falta.

⁶⁵ En contra SSTC 320 /1993 y 14/1999.

presenta diversas acepciones: en su acepción más restringida este concepto comprendería sólo aquellas actuaciones que directamente proporcionan un conocimiento de los hechos sin que concurran las garantías que presiden el juicio oral, y por tanto sólo hace alusión a la realización de actos de investigación; en su acepción amplia, por el contrario no limita su comprensión a aquellas actuaciones que suponen un contacto directo sino que lo amplía a todas aquellas que indirectamente presuponen dicho conocimiento, de manera que también aquellas actuaciones que efectúan un enjuiciamiento provisional del acusado se encuadrarían dentro de este concepto, no tanto porque dicho enjuiciamiento conlleve una convicción anticipada respecto a la culpabilidad del acusado, cuanto porque dicha convicción halla su fundamento en unos hechos en cuyo descubrimiento no se encontraban presentes las garantías de inmediación, contradicción y publicidad que, al contrario, presiden la práctica de la prueba en el juicio oral.

B) TEORIA DE LA VALORACIÓN.

Esta teoría parte de la consideración de que aquellas actuaciones cuyo presupuesto material consiste en la constatación de indicios racionales de criminalidad tienen entidad suficiente para

generar prevención en el juez que las adopta⁶⁶.

Partiendo de que la imputación de una persona supone una valoración acerca de la participación que la misma hubiese tenido en los hechos que se le imputan, el hecho de que el juez decisor previamente a la celebración del juicio hubiese dictado algún acto de imputación frente al acusado justificaría en éste último, un temor racional respecto a su imparcialidad dado que aquél ya puso de manifiesto una convicción acerca de su culpabilidad por muy provisional que ésta sea.

Al mismo tiempo, la transcendencia práctica que comporta alguno de los actos de imputación determina que en su adopción se requiera un conocimiento exhaustivo de los hechos y de los actos de investigación que se hubiesen realizado. Y este conocimiento puede comportar una prevención que suponga un menoscabo a la imparcialidad del órgano enjuiciador.

Quizá tal apreciación resulte más evidente en

⁶⁶ Vid MORENO CATENA, *El proceso penal*, T. I, Valencia, 2000, pp. 168-169, para quien «el que instruye queda inhabilitado para intervenir como juzgador en el momento de tener que decidir sobre la acusación planteada, siempre que con anterioridad hubiera formulado por sí mismo una imputación, atribuyendo responsabilidad criminal a una persona aunque sea indiciariamente- o hubiera acogido la formulada por alguna de las partes. Tal decisión (...) supone un avance o adelanto del resultado del proceso, y acredita así un prejuicio de todo punto incompatible con la imprescindible imparcialidad del llamado a dictar sentencia, que se ha contaminado por la decisión que ha debido adoptar en la anterior fase procesal, puesto que el juzgador debe tomar conocimiento de lo que es objeto del proceso

el análisis concreto de los actos de imputación más relevantes, y que han suscitado más polémica como es la adopción de medidas cautelares y el procesamiento. Pero su análisis se llevará a cabo distinguiendo según los hubiere adoptado el juez *ex novo*, o por el contrario suponga una actuación confirmatoria en vía de recurso.

B.1) RELACIÓN ENTRE IMPARCIALIDAD OBJETIVA Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

Para cierto sector doctrinal resulta incuestionable el carácter instructor que distingue la adopción de medidas cautelares, y ello en atención a que su adopción requiere como premisa insoslayable la existencia de indicios racionales de que aquél frente a quien se acuerdan ha participado en la comisión del hecho delictivo que motivó la incoación de la causa⁶⁷. Esta imputación supone un juicio valorativo de culpabilidad que tiene suficiente entidad para entender que el juez que lo efectuó resulta prevenido⁶⁸.

cuando se haya implantado la dialéctica procesal y se hayan configurado las posiciones de parte».

⁶⁷ El art 503.3 hace referencia a «motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión»; por su parte el art 589 señala la necesidad de que «resulten indicios de criminalidad contra una persona».

⁶⁸ En este sentido PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, op. cit., p. 97, haciendo hincapié en que el juicio de probabilidad respecto a la presunta participación de la persona en el hecho punible que resulta necesario para adoptar la medida cautelar, y entendiendo

En efecto, el *fumus boni iuris* que con carácter general constituye presupuesto de adopción de las medidas cautelares, en el proceso penal en concreto estriba en la atribución indiciaria del hecho ilícito a una determinada persona. Constituye por tanto un acto de imputación judicial en la medida en que el juez para su adopción debe realizar una valoración de las circunstancias contempladas en el art 504 LECRIM que cumplimentan el *periculum in mora*, y de la verosimilitud, racionalidad y fundamentación de los datos que apuntan hacia la responsabilidad criminal de una determinada persona. Este último extremo constituye un enjuiciamiento que aunque se realiza de forma provisional, es muy similar al que *a posteriori* tiene lugar en el juicio oral ya de forma definitiva⁶⁹.

que ello entraña prejuzgar acerca de la culpabilidad, estima que, *a priori* tiene razón de ser la idea de que el juez que ha acordado una medida cautelar no coincida con la figura del juez sentenciador, si bien matiza esta afirmación postulando como criterio a tener en cuenta el grado de injerencia que tales medidas suponen en la esfera personal del acusado. De esta forma entiende que a mayor injerencia en la esfera personal, como ocurre en aquellas medidas personales que comportan una restricción al derecho a la libertad (art 17.1 CE), existe un mayor peligro de parcialidad en cuanto se exige una apreciación del *fumus boni iuris* mucho más profunda que en cualquier otra medida cautelar.

⁶⁹ Vid. TAPIA PARREÑO, «El derecho al juez imparcial en su aspecto objetivo, en la ley orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. Su posible inconstitucionalidad y la STC de 17 de Marzo de 1995», *La ley*, 1995, pp. 1110-1124; ASENSIO MELLADO, *La prisión provisional*, Madrid, 1987, p. 50, declara que la expresión «motivos bastantes» implica una anticipación de la condena, y revisten mayor entidad que los indicios racionales requeridos por la ley para el procesamiento; en contra DÍAZ CABIALE, *Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, op. cit., p. 467, que ha negado el carácter instructor de la adopción de la medida

Consecuentemente con la afirmación del criterio valorativo⁷⁰, cabría someter a revisión la jurisprudencia constitucional que considera que la falta de investigación directa y el respeto al principio de contradicción son circunstancias cuya presencia preservan la imparcialidad objetiva del juez que habiendo adoptado la medida cautelar a posteriori debe actuar en el proceso como juez decisor⁷¹.

Posiblemente la concurrencia de ambas circunstancias al adoptar la medida cautelar procure una mayor imparcialidad o neutralidad del juez en el momento de su adopción⁷², lo que no resulta pacífico

cautelar tanto por su «carácter puramente provisional, derivado de su propia naturaleza de medida cautelar», cuanto porque «son dictadas por un órgano jurisdiccional cuya convicción no es definitiva, sino que está en periodo de formación».

⁷⁰ Criterio mantenido entre otros por BERMÚDEZ OCHOA, «La configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva», *Justicia*, 1997, núm. 1, p. 125, que tomando como punto de partida el hecho de que la adopción de medidas cautelares requiere la calificación y valoración de la conducta del procesado que proporciona necesariamente una idea preestablecida sobre su probable responsabilidad entiende que, «es independiente que se adopten de oficio, o a instancia de parte acusadora, porque el juez no viene obligado a adoptarlas a consecuencia de su sola solicitud por la acusación, sino en el supuesto de que entienda concurren sus presupuestos y requisitos materiales y procesales, juicio valorativo y ponderativo que le inhabilita para conocer luego de la causa en la fase de enjuiciamiento»

⁷¹ Ya la STC 106/89 8- junio, exigió para considerar la adopción de la prisión provisional merecedora del calificativo de actuación instructora, a efectos de estimar conculcada la imparcialidad en su vertiente objetiva, que hubiere sido adoptada de oficio por el juez de instrucción sin que, con carácter previo, se hubiese entablado el contradictorio para acreditar la procedencia de dicha medida.

⁷² Vid SSTC 60/95, 17-3; 98/97, 20-5 que declara que «la imparcialidad objetiva de quien instruye y decide además la prisión provisional puede venir suficientemente avalada por

investigadora, de forma que éste constriña su competencia a la puramente jurisdiccional, no constituye un medio adecuado para eliminar el riesgo que la garantía de la imparcialidad objetiva pretende evitar. También en este caso subsistiría la posibilidad de haber obtenido un conocimiento de los hechos «previo» al juicio oral al realizar la valoración de los hechos inquiridos por otra persona.

Es evidente que el juez no verá su ánimo influido por nada ajeno al proceso, sino por hechos que han sido conocidos en el ejercicio de su función, pero su conocimiento se habría obtenido sin el respeto a las garantías que informan el desarrollo del juicio oral⁷³. En absoluto incide el hecho de que el juez no hubiese participado

⁷³ En este sentido suscribimos plenamente la explicación acerca del fundamento de esta causa, dada por el profesor GÓMEZ ORBANEJA, «lo que la ley trata de evitar no es ya una inclinación parcial sino una prevención incluso imparcial sobre la materia de la investigación y del juicio. Si el magistrado llamado a conocer de éste, ha instruido anteriormente el sumario, ello no implica parcialidad alguna en su ánimo; de existir, se le hubiese podido excluir de aquella primera función. Su exclusión como magistrado no se funda sólo en ser él quien ha descubierto y recogido los elementos y datos en que se basa la acusación; al mismo tiempo ha debido recoger todos los que estuviesen a su alcance útiles para la defensa. Pero en su tarea ha podido ir prejuzgando en uno u otro sentido, tanto da el valor del material recogido. Incluso es imposible, psicológicamente que al terminar el sumario, no se sienta inclinado, en mayor o menor medida por ese prejuicio, en cualquier sentido que sea y, en todo caso, sin que ningún móvil parcial le incline a ello. Funcionalmente, además, ha debido ir valorando por sí el resultado de cada una de sus actuaciones; de otro modo, no podría proceder debidamente a las siguientes. Aun yendo más lejos lo que trata de evitar la ley no es sólo la previa valoración, sino que se utilice en el juicio un conocimiento de los hechos y de los sujetos del delito obtenido fuera del juicio», *Comentarios a la LECrim*, pp. 29 y 30.

directamente en los actos de investigación, puesto que para su adquisición es suficiente un contacto indirecto a través de la valoración de los resultados obtenidos con la misma.

En segundo lugar el prejuicio, que es otro aspecto que la imparcialidad objetiva trata de eludir, no se precave por el hecho de que la medida cautelar se hubiese acordado con sujeción al principio de contradicción⁷⁴. Quizá la contradicción en la adopción de medidas cautelares, en cuanto posibilita una mayor equidistancia del juez en el momento de su adopción resulte plausible, y así lo ha entendido el legislador que sanciona legalmente tal consideración por la LOTJ 5/95, de 22-5 que reforma la LECRIM en materia de prisión provisional con la introducción del art 504 bis 2.

⁷⁴ En este sentido DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, op. cit., p. 414, declara que «la exigencia de imparcialidad objetiva en el sentido de prevención lo que pretende evitar es que el juzgador hubiere formado su convencimiento con anterioridad a la práctica de pruebas, por haber conocido de la cuestión y por haber tenido que pronunciarse sobre la misma en circunstancias que le obligaban a una toma de posición respecto del fondo que, aunque provisional, goza de una entidad suficiente para desaconsejar que se le volviera a someter la cuestión, pues le resultaría muy difícil sustraerse a esas impresiones que se ha formado, y por tanto desvirtuaría el sentido del proceso». En el mismo sentido MORENO CATENA. *El Proceso Penal*, op. cit., pp. 168-169, para quien «tal decisión supone un avance o adelanto del resultado del proceso, y acredita así un prejuicio de todo punto incompatible con la imprescindible imparcialidad del llamado a dictar sentencia, que se ha contaminado por la decisión que ha debido adoptar en la anterior fase procesal, puesto que el juzgador debe tomar conocimiento de lo que es objeto del proceso cuando se haya implantado la dialéctica procesal y se hayan configurado las posiciones de parte».

Pero la existencia de contradicción en nada altera la posibilidad de que el juez hubiere podido forjar una convicción respecto a la participación del sujeto frente a quien acuerda la medida, lo cual podría tener incidencia negativa en el momento de enjuiciar definitivamente el proceso⁷⁵.

Posiblemente como ha señalado cierto sector de la doctrina a la hora de subrayar la inconveniencia que a la imparcialidad objetiva del juez decisor comporta la adopción previa de medidas cautelares, debiera tenerse en cuenta el grado de intervención en la esfera personal del acusado que implican algunas de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal. Así cabría circunscribir la proyección de la exigencia de imparcialidad objetiva, únicamente, a la adopción de aquellas medidas que tengan carácter personal y que supongan la limitación de un derecho fundamental. Concretamente la libertad provisional y la prisión provisional en cuanto comportan una mayor injerencia en la esfera personal requieren para su adopción un conocimiento de los hechos más exhaustivo, de lo que

⁷⁵ En contra MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia. 1999, p. 318, para quien «la concurrencia de los presupuestos, incluido el *fumus boni iuris*, se basará únicamente en el examen de lo que consta en las actuaciones, examen que persigue finalidad y que utiliza medios distintos de los propios del juicio oral. En el juicio oral se persigue actual el Derecho penal y para ellos se trata, en primer lugar, de establecer la existencia de los hechos, usando únicamente de verdaderos medios de prueba que han de practicarse con inmediación, mientras que en la adopción de las medidas cautelares se trata de actuar el Derecho Procesal, y

se podría inferir que la prevención en este supuesto también haya de ser mayor. El criterio de la intensidad en la realización de actos de investigación o de la participación en su conocimiento a la hora de establecer el alcance del derecho al juez imparcial ha sido utilizado tanto por el Tribunal Constitucional⁷⁶, como por el TEDH⁷⁷, y justificaría la nula repercusión que ha tenido el debate acerca de la imparcialidad del juez que hubiese adoptado con carácter previo medidas cautelares en otros ámbitos jurisdiccionales.

El distinto trato jurídico procesal atribuible a las medidas cautelares personales frente a las de carácter real, hallaría fundamento en la mayor transcendencia del bien jurídico afectado, y en que dado que aquéllas conllevan la limitación de derechos fundamentales, tales como la libertad personal (art 17.1 CE), la libertad de circulación y residencia o el ejercicio de cargos públicos, es necesario extremar las garantías en el momento de su adopción por lo que la apreciación de los presupuestos necesarios para su adopción son exigidos con mayor intensidad. Por consiguiente, aumenta el riesgo de que el órgano jurisdiccional

para ello se utiliza lo que consta en las diligencias sumariales que ha practicado juez distinto».

⁷⁶ Vid. ATC 137/96 de 28-5.

⁷⁷ De Cubber vs. Bélgica, STEDH 26-10-1984; Ben Yaacoub vs. Bélgica, STEDH 27-11-1987; Hauschildt vs. Dinamarca, STEDH 24-5-1989; Pfeifer et Planck vs. Austria, STEDH 25-2-1992; Sainte Marie vs. Francia, STEDH 16-2-1992; Fey vs. Austria, STEDH 24 2-

realice un prejuzgamiento más intenso y riguroso, que podría incidir de forma inconsciente a la hora de enjuiciar definitivamente los hechos en un sentido determinado⁷⁸.

El órgano jurisdiccional debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción, entre ellos el *fumus boni iuris* se resume en un quehacer intelectual que hace explícita una toma de posición psicológica respecto a la culpabilidad de aquél contra el que acuerda la misma⁷⁹, la cuál siendo provisional y fundada en meros indicios de su culpabilidad no en pruebas fehacientes, en el ámbito de la apariencia de imparcialidad en cuanto aspecto que debe presidir la actuación de los órganos jurisdiccionales parece más adecuado disponer una neta separación entre el enjuiciamiento y la adopción previa de medidas cautelares contra el acusado sin matices o sutilezas

1993; Padovani vs. Italia, STEDH 26-2-1993; Nortier vs. Países Bajos, STEDH 24-8-1993.

⁷⁸ Dada la marcada diferencia entre el régimen jurídico de las medidas contempladas en los art. 589 a 614, y el definido por los art 615 a 621, la dogmática procesal reserva la denominación de medidas de seguridad, a aquellas que se dirigen frente al responsable penal y se acuerdan ex officio cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una determinada persona (art. 589). Frente a ellas, se denominan medidas cautelares a las que tienen por finalidad garantizar la exigencia de responsabilidad civil a terceras personas para lo cual se exige la instancia de parte (art 615). CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Madrid, 1999, pp 551-552.

⁷⁹ Así, ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid, 1999, p. 179, señala que «el esfuerzo intelectual en determinar si aparecen en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión (...) no es actividad instructora, deja poco margen queda para

que lejos de afianzarla contribuyen a su debilitamiento.

Todo lo anterior, permitiría afirmar que actividad «instructora» es toda aquella que suponga averiguación, calificación o juicio sobre los hechos. Así, en lo relativo a la posibilidad de generar un «prejuicio» todas estas actuaciones deben situarse en el mismo plano de efectividad, puesto que éste se puede alcanzar desarrollando tanto una labor netamente inquisitiva, como al efectuar la valoración del resultado obtenido con aquella investigación, incluso cuando ésta hubiere sido realizada por otra persona distinta.

B.2) IMPARCIALIDAD OBJETIVA Y PROCESAMIENTO.

Esta apreciación nos traslada a otra cuestión que cabe apreciar en lo que a actuaciones contaminantes se refiere, y es el distinto trato que la jurisprudencia prodiga a los actos de imputación según se dicten *ex novo*, o confirmen por vía de recurso los dictados en otra instancia.

El auto de procesamiento definido como «el acto formal del juez instructor consistente en la declaración de presunta culpabilidad de la persona contra quien del sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable partícipe

considerar qué sea esta».

del hecho punible por el que se procede, y que le constituye en el estado de procesado, con las garantías inherentes a dicha posición»⁸⁰. En cuanto acto de imputación judicial formal existe una doctrina reiteradamente mantenida, si bien con algunas matizaciones de que su adopción compromete la imparcialidad del juzgador inhabilitándole para conocer del juicio oral.

Existe cierta unanimidad doctrinal en que la adopción del procesamiento es una actividad que merece el calificativo de instructora⁸¹. La peculiaridad del auto de procesamiento es que su adopción exige un mayor grado de probabilidad, supone un reforzamiento o comprobación de la imputación para obligar al juez a reflexionar sobre la importancia del acto y de sus consecuencias, así como sobre «su propia justificación frente al inculpado y a la sociedad entera»⁸².

⁸⁰ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 179.

⁸¹ MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 325, declara que en el auto de procesamiento el órgano jurisdiccional asume la imputación, asunción constitutiva de causa de abstención y recusación porque la imputación formal de un ilícito penal a una persona comporta que el órgano jurisdiccional haya prejuzgado de algún modo su participación en el delito por lo que debiera abstenerse de entender del juicio oral; PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías...*, op. cit., p. 98; RODRÍGUEZ RAMOS, «Imparcialidad judicial objetiva», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 376, p. 3, reclama una ampliación de los mínimos fijados por la jurisprudencia; SANTOS VIJANDE, «Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)», *La ley*, núm. 4719, p. 5.

⁸² Vid. GIMENO SENDRA, «El auto de procesamiento», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio. 1979, p. 314; VERGÉ GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, op. cit., p. 74.

Para el Tribunal Constitucional, no ha merecido la consideración de acto de instrucción en cualquier caso. En este sentido, en el ATC 220/1989⁸³, no obstante declarar que el auto de procesamiento constituye una medida de imputación formal de un hecho a un sujeto en base a los indicios que la instrucción ha ido poniendo al descubierto, afirma su carácter instructor sólo cuando culmine una actuación inquisitoria de carácter directo, por considerar que es precisamente esa inmediatez con las fuentes de donde procede el material probatorio lo que priva a lo actuado de las garantías de publicidad, defensa y contradicción propias del juicio oral, y no le atribuye tal carácter pese a estimar que comporta «en sentido literal y no peyorativo un prejuicio», cuando tal imputación se hubiere emitido en atención a lo inquirido directamente por otro órgano judicial.

De igual modo, en esta línea jurisprudencial de trazo limitativo del alcance de la garantía de la imparcialidad objetiva cabe reseñar la STC 136/92⁸⁴, que supuso un punto de inflexión en la jurisprudencia mantenida hasta ese momento y un avance hacia una concepción tremendamente restrictiva y arriesgada, porque desconoce la consideración objetivada de la que participaba esta

⁸³ ATC 220/1989, de 27 de abril, (caso de la presa de Tous).

⁸⁴ Doctrina que reiteran las SSTC 170/93, de 27 de Mayo; 372/1993 de 13-12; 142/97, 15-9 ; ATC 335/97 de 13 de Octubre; 100/98, 22-4.

causa y dio paso a una estimación subjetivista de la misma. A juicio del alto tribunal, «no basta con constatar el hecho de que el juez sentenciador hubiese realizado, como efectivamente realizó, actos de naturaleza instructora, como por ejemplo el procesamiento de la querellada, sino que es preciso además acreditar siquiera sea indiciariamente, que la actividad instructora llevada a cabo por el juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios e impresiones a favor de la acusada».

El Tribunal Supremo confiere diverso trato jurídico a dos distintos supuestos: la resolución confirmatoria en vía de recurso del procesamiento previamente acordado por el juez instructor⁸⁵, y el

⁸⁵ Así en la STS 27-5-1988 (RAJ 3849), en la que declara que «de entenderse que el auto de procesamiento dictado por el Tribunal sentenciador es una actividad judicial integrada en la llamada instrucción sumarial y no en la creadora de un presupuesto procesal indispensable para que pueda abrirse el juicio oral sin prejuzgar en absoluto la decisión final, como demuestra muy frecuentemente la práctica (...) los autos de procesamiento decretados por el Tribunal, devendría inconstitucional porque en principio han de dictarlos los mismos jueces que después habrán de sentenciar, y acaso la situación sería extensible a aquellos supuestos en los que habiéndose pronunciado sentencia condenatoria, el tribunal superior declara su nulidad por quebrantamiento de forma, porque de alguna manera los jueces de instancia han tomado ya partido por una determinada situación que puede en cierta medida prejuzgar el resultado final. En uno y otro caso puede pensarse por vía de hipótesis que el juzgador de instancia tiene ya un cierto prejuicio en el puro sentido no peyorativo, de juicio anticipado, acaso inevitable, pero ello no afecta, como queda dicho a la institución del juez ordinario predeterminado por la ley, siendo el problema extensivo a todas aquellas situaciones en la que el juez que ha de fallar toma una decisión interlocutoria que con toda evidencia tampoco prejuzga la solución definitiva. Otra cosa es la fijación en el futuro de nuevas normas procesales, de «lege ferenda», que en su día pueda tomar el legislador», y concluye que no se vulnera el

procesamiento dictado ex novo bien por parte del instructor⁸⁶, o bien por parte de la Audiencia⁸⁷.

Sabido es que nuestra legislación declara competente para acordar el auto de procesamiento junto al juez de instrucción, al órgano jurisdiccional que ha de conocer del juicio oral en el art. 384.6 LECRIM, por lo que cierto sector de la doctrina ha cuestionado la constitucionalidad de esta norma en cuanto hace precaria la imparcialidad del órgano decisor. Tal atribución como señala el profesor RAMOS MÉNDEZ, constituye una «trampa saducea para el Tribunal, que hasta dicha ocasión no se había mezclado en la instrucción, y se le obliga

principio de imparcialidad porque, «una cosa es tomar la iniciativa en la averiguación y práctica de las pruebas y otra muy distinta es que sobre el material que ha ordenado e incorporado otro juez, se compruebe si tal actividad, absolutamente provisional, permite entrar en el proceso penal propiamente dicho»

⁸⁶ Ya en la STS 9 julio 1983 (RAJ 4134), en un supuesto en el que el juez de instrucción incoado sumario había dictado auto de procesamiento, y posteriormente por orden de la Audiencia tuvo que conocer por el procedimiento de urgencia del mismo caso declaró que «es obvio que éste ya adelantó, al menos provisionalmente, aquél juicio de inculpación al acusado de modo que hace temer fundadamente al recusante su condena».

⁸⁷ Auto de 8-2-1993 (Presa de Tous) (RAJ 1524), que contenía la categórica afirmación de que dada la propia esencia del procesamiento que consiste en «una imputación formal del órgano jurisdiccional que lo profiere por la que, tras un juicio anticipado de culpabilidad, imputa a una persona concreta y determinada la ejecución de unos hechos que en principio constituyen una infracción delictiva, le dota de unas características predeterminadas del fallo, por muy provisionales que se quiera, que indudablemente pueden motivar, en el sujeto sometido a tal medida, la preocupación de no ser imparcialmente juzgado por quien, con anterioridad al procesarle le ha considerado ya culpable», y ello conlleva la necesidad de «examinar concienzudamente las actuaciones practicadas para deducir de ellas la atribución provisoria de responsabilidad criminal»; en el mismo sentido la STS 8-11-1993 (RAJ 8373).

en cierta forma a prejuzgar, decidiendo sobre el procesamiento»⁸⁸.

A pesar de los matices y distinciones con los que la jurisprudencia aborda la adopción del procesamiento, entendemos que se trata de una actuación jurisdiccional que debiera reputarse intervención contaminante en todo caso, por comportar una valoración respecto a la perpetración misma del hecho que ha motivado la formación de la causa, a si tal hecho reviste o no los caracteres de delito, y a la posible participación en él de la persona contra la que se acuerda⁸⁹.

Entender que tal valoración lleva insita un prejuicio, aun cuando sólo tuviera la consideración

⁸⁸ RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Quinta lectura constitucional*, Barcelona, 1999, p. 98.

⁸⁹ La STC 55/90 al resolver una cuestión de inconstitucionalidad respecto al art 8.1 de la LO 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en cuanto establecía que fuese un mismo órgano el que realizase la instrucción, en su caso, decidiera el procesamiento, y además conociese del juicio oral y dictase la correspondiente sentencia declaró que se producía la vulneración del art 24.2 CE por contaminación inquisitiva, «en cuanto el precepto no diferencia el órgano que decide el procesamiento, con base a una valoración indiciaria de culpabilidad, y el órgano que conoce y falla de la causa», Estimando que «el necesario contacto con los elementos del sumario y el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no puede dejar de influir sobre la manera en que el órgano judicial, contemple durante el curso ulterior del proceso, los medios de prueba y los puntos en litigio, lo que cuestiona la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado de dictar el procesamiento. Para aplicar el 384 LECrim, el órgano judicial debe asegurarse de la existencia de "algún indicio racional de criminalidad", es decir de sospechas racionales de que el imputado ha podido cometer el delito del que se le acusa; ello significa una inicial valoración de la culpabilidad, por lo que la diferencia entre la cuestión a decidir en el procesamiento y

de ser un juicio anticipado y provisional sin ninguna connotación peyorativa, no permitiría asumir con posterioridad el enjuiciamiento sin prevención alguna, que es lo que trata de garantizar la separación entre la función instructora y la enjuiciadora. Tal consideración debiera hacerse en atención al contenido de dicha imputación, con independencia de que constituya el corolario de una actividad investigadora realizada conjuntamente, o llevada a cabo por otra persona⁹⁰.

B.3) IMPARCIALIDAD OBJETIVA Y RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS DEL JUEZ INSTRUCTOR.

La jurisprudencia ha negado reiteradamente que el conocimiento de los recursos contra las resoluciones interlocutorias que dicta el órgano de instrucción, incida en la imparcialidad del órgano que posteriormente ha de enjuiciar definitivamente. Los argumentos esgrimidos en *pro* de esta doctrina pueden ser sintetizados en los siguientes:

En primer término, en que no se han realizado actos de investigación directa que justificarían la separación para eliminar «la posible prevención que el instructor haya podido adquirir como consecuencia de la lucha, que aunque loable por tratar de descubrir la verdad de lo que

el problema a resolver a la finalización del proceso deviene así ínfima».

es objeto de investigación, para tratar de vencer todo aquello que se oponga al fin perseguido». El órgano encargado de resolver el recurso de apelación se limita a declarar el acierto o desacierto del juicio emitido por el órgano instructor en atención a los hechos que le son aportados y en cuya conformación no ha contribuido⁹¹.

En segundo lugar, respecto a aquellas resoluciones de adopción de medidas cautelares se

⁹⁰ ATS 8-2-1993 (RAJ 1524).

⁹¹ Vid STS 24-9-1991(RAJ 6565); 28-12-1993(RAJ 9811) no puede calificarse de acto de instrucción el conocimiento por la Audiencia de un recurso de apelación contra un auto de procesamiento dictado por el instructor porque «no constituye un acto de investigación, sino el ejercicio de una facultad revisora de una resolución en la que sólo se dice que de manera indiciaria existen unas bases fácticas para considerar a una persona como procesado y dar paso al juicio oral, en donde se deberán depurar las pruebas con arreglo a criterios distintos de los observados en la tramitación sumaria». ATS 19-10-94 (RAJ 8324); STS 14-11-1994 (RAJ 9081); STS 23-11-1994 (RAJ 10308); STS de 3-11-1995 (RAJ 8013); STS 20-1-1996 (RAJ 188); STS 18-2-1997 (RAJ 1183); STS 2-3-1998 (RAJ 1757). Los actos de instrucción son simples medios de investigación que posteriormente deberán alcanzar rango probatorio cuando sean sometidos al contraste que ofrece el juicio oral con las garantías de publicidad, contradicción e inmediación. El instructor hace un juicio de probabilidad, indicios racionales, mientras que el órgano sentenciador formula un juicio de culpabilidad, o por el contrario, deja sin virtualidad probatoria a todo el material acumulado durante la instrucción. STS 15-4-1996 (RAJ 3775) ;STS 23-6-1998 (RAJ 5593); STS 16-10-1998 (RAJ 8082); STS 17-4-1999 (RAJ 3314); STS 15-10-1999 (RAJ 7176); STS 21-12-1999 (RAJ 9436); 2-1-2000(RAJ 106); ATS 2-2-2000 (RAJ 2065); 5-4-2000 (RAJ 3728); 27-4-2000 (RAJ 3725); 5-7-2000 (RAJ 5665), 13-2-2001 (RAJ 366); 2-22001 (RAJ 5264); 27-2-2001 (RAJ 482); 24-3-2001 (RAJ 5137); 10-1-2002 (RAJ 2628); 22-2-2002 (RAJ 3397). alguna esporádica resolución ateniéndose al contenido de las declaraciones ha estimado que la confirmación del procesamiento en vía de recurso si podía considerarse actividad contaminante, así la STS 28-7-1999 (RAJ 6662) que consideró conculcación del derecho al juez imparcial porque previamente la Sala al confirmar el procesamiento declaró «los indicios racionales de criminalidad apreciables no es que

considera que para su confirmación o revocación es preciso valorar concurrentes presupuestos, como es el peligro de fuga y la alarma social entre otros, que no guardan relación alguna con la cuestión que será objeto de enjuiciamiento, y que es la culpabilidad del acusado⁹².

Por último, la imparcialidad de quien conoce en vía de recurso las resoluciones del juez instructor se justifica en la distinta función que se desarrolla en la resolución del recurso y del juicio oral. El órgano encargado de la apelación conoce que debe moverse sobre meros indicios reveladores de hechos posiblemente constitutivos de delito, y en el juicio oral no ignora que necesita de verdaderas pruebas practicadas con todas las garantías, por lo que queda al margen de toda parcialidad⁹³.

existan. Es que son abrumadores, contundentes, terminantes y categóricos».

⁹² STS 30-3-1995, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 196, «la prolongación de la prisión preventiva por peligro de fuga y sobre el cómputo de tiempo de la privación de la libertad respecto de la duración máxima de la misma antes de ser dictada la sentencia, no guarda con la cuestión de la autoría y la culpabilidad del acusado una relación estrecha y apenas diferenciable, como la exigida para justificar la exclusión de los jueces a quibus por parcialidad objetiva. Las resoluciones son típicamente marginales y de carácter incidental, sin una influencia siquiera indirecta con las cuestiones de si el acusado es o no el culpable de ella»; ATS 19-10-1994 (RAJ 8324), «la Audiencia al resolver el recurso de apelación contra el auto denegatorio de la libertad del acusado, no realiza un acto de investigación, sino el ejercicio de la facultad revisora de una resolución en la que sólo dice que de manera supuesta o indiciaria existen bases fácticas para considerar a una persona como aparentemente partícipe de un hecho delictivo».

⁹³ STS 21-6-1997 (RAJ 5275) muy clarificadora concluye que «la resolución de cualquiera de los incidentes de apelación que puedan plantearse frente a decisiones del juez de instrucción no empaña la imparcialidad objetiva en el proceso penal (...) esta

Reseña muy bien esta apreciación el Tribunal Supremo⁹⁴, en un supuesto en el que la propia Sala enjuiciadora había confirmado en apelación un auto de procesamiento y no obstante, reconocer expresamente que los indicios racionales de criminalidad que había en el sumario contra los dos procesados fueron, en lo sustancial, los mismos que luego convertidos en pruebas realizadas en el juicio oral sirvieron para fundamentar la condena, justifica la imparcialidad del órgano decisor recurriendo al resignado argumento de que «con el sistema procesal que tiene establecido la LECRIM en el cual los recursos devolutivos contra las diversas

doctrina tiene su apoyo en el hecho de que normalmente aquellas resoluciones no van precedidas, ni exigen el contacto del Tribunal que las dicta con el material de hecho necesario para la celebración del juicio oral y el pronunciamiento de la sentencia. Concretamente la que estima o desestima la apelación interpuesta contra el auto de procesamiento se limita a decidir si sobre la base de un relato que el Tribunal no ha construido, ni en cuya construcción ha participado aunque mediante los oportunos testimonios se ofrezcan datos para apreciar su solidez, existen o no indicios racionales de criminalidad contra el procesado», y efectúa una matización muy interesante en cuanto señala que «lo realmente transcendente para apreciar si un tribunal conserva la imparcialidad objetiva (...) es discernir si en dichas decisiones se han manifestado o no con claridad suficiente, prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado»; la STS 18-10-1997 (RAJ 7809), por su parte señala que «el órgano jurisdiccional de superior rango, sin intervenir en la investigación y con ajeneidad a la prueba, declara el acierto o desacierto del instructor al decretar el auto de procesamiento, únicamente mediante el conocimiento y valoración del material probatorio que le es aportado en el recurso de apelación»; STS 4-10-1999 *Actualidad penal* núm. 3, manifiesta que «cada magistrado ya sabe el papel que tiene que desempeñar a las diversas fases por las que atraviesa el procedimiento: si actúa en apelación contra autos de procesamiento dictados por el juzgado, conoce que ha de moverse sobre meros indicios reveladores de hechos posiblemente constitutivos de delitos, mientras que si lo hace en el juicio oral, no ignora que le son necesarias verdaderas pruebas practicadas con todas las garantías para condenar».

resoluciones que dicta el instructor son competencia de la Audiencia Provincial, la misma que luego ha de conocer del juicio oral y dictar sentencia, las cosas no pueden ocurrir de otro modo», y esgrime a continuación que «cada magistrado ya sabe el papel que tiene que desempeñar en las diversas fases por las que atraviesa el procedimiento: si actúa en apelación contra autos de procesamiento dictados por el Juzgado, conoce que ha de moverse sobre meros indicios reveladores de hechos posiblemente constitutivos de delito, mientras que si lo hace en el juicio oral, no ignora que le son necesarias verdaderas pruebas practicadas con todas las garantías para condenar».

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, por el contrario considera que el órgano jurisdiccional para determinar la concurrencia suficiente de indicios racionales de criminalidad que justifiquen la imputación y permitan la adopción de medidas cautelares ha necesitado realizar una valoración de los elementos de incriminación derivados de la instrucción. Por lo que incidiendo en ésta idea declara que «el proceso de valoración que realiza el órgano colegiado en realidad sólo se distingue del seguido para dictar sentencia en el *carácter provisional* del juicio» por lo que sin lugar a dudas atribuye a quien lo realiza un efecto determinante del

⁹⁴ STS de 4-10-1999 (RAJ 7017).

fallo»⁹⁵.

Esta doctrina que podríamos denominar la subjetividad de la imparcialidad objetiva cobra más intensidad a partir de la STEDH de 28 de Octubre de 1998, Castillo Algar c. España. De hecho resulta paradójico que una vez conocida cual fuera la decisión tomada por el TEDH, comprobar cómo la jurisprudencia del TC⁹⁶ y del TS⁹⁷, ha sido cada vez más proclive a desestimar las alegaciones formuladas sobre parcialidad de los magistrados que hubiesen confirmado resoluciones de los instructores, con lo que se intensifica el perfil subjetivo de esta causa.

⁹⁵ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Imparcialidad del Juzgador: actuación de las Audiencias Provinciales en materias propias de la fase de instrucción por el cauce de los recursos, *Tribunales de Justicia*, núm. 6, 1999, p. 603.

⁹⁶ STC 11/2000 de 17 enero por estimar que «una decisión de levantar el sobreseimiento, ordenando proseguir un procedimiento penal no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad».

⁹⁷ SSTs 17-4-1999, *La ley*, núm. 4827 que hace hincapié en que el tribunal sentenciador al confirmar el auto de procesamiento y declarar que no ha lugar a modificar la situación personal del procesado no conculca la imparcialidad objetiva en atención a que lo hizo sin haber tenido contacto con las fuentes de donde procedía el material investigador que fue llevado al juicio, ni puede inferirse del contenido de sus razonamientos jurídicos, prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad de la acusada»; 15-10-1999 (Caso Sogecable) en la que cuestionada la parcialidad objetiva de la Sala por haber confirmado el auto de procesamiento se entra a analizar la extensión y el contenido de la resolución que se dictó en la apelación, es decir, se atiende a los límites del objeto de la apelación y declara que: a) la verificación de la legalidad de las pruebas, b) la comprobación del respeto del derecho de defensa, c) la constatación de que la aplicación provisional del derecho contenida en el auto de procesamiento no es manifiestamente incorrecta, no comporta ningún prejuicio sobre el fondo de la cuestión y, menos aún sobre la culpabilidad del procesado.

Entendemos en primer término que el derecho al juez imparcial no puede quedar mediatizado por el sistema procesal diseñado por la LECRIM, y en todo caso dicho sistema debiera acomodarse a las exigencias que le vengan impuestas por los derechos consagrados por nuestra Constitución como derechos fundamentales⁹⁸; en segundo lugar, tampoco parece que la invocación del sentido de profesionalidad que se imprime a la labor desempeñada por los jueces y magistrados sea un argumento que justifique dicha atribución, por cuanto que sin restar un ápice de verosimilitud a esta afirmación, la misma no empece el deber que tiene el legislador de establecer un reparto competencial que orgánica y funcionalmente garantice la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional enjuiciador⁹⁹.

⁹⁸ DE URBANO CASTRILLO, «Contaminación y procesamiento», *La ley*, núm. 4886, para quien una reforma legislativa en este sentido supone implantar una abusiva y equivocada concepción del principio de imparcialidad objetiva que hará más difícil la celebración de los juicios penales con los efectivos disponibles, y añadirá un elemento estructural de ralentización. Por lo cuál propone el estudio del caso concreto, dejando en manos de las partes que decidan si recusan o no, y del Tribunal mediante la abstención el resolver en cada caso concreto, si se ha dado o no una efectiva vulneración del principio de imparcialidad objetiva».

⁹⁹ Precisamente el Tribunal Constitucional en la STC 11/1989, de 24 de enero, puso de manifiesto que «la imparcialidad será más conseguida cuando el sentenciador haya permanecido alejado y ajeno a la labor de averiguación, investigación de hechos y conductas y posible incriminación, siquiera indiciaria y provisional (autos de inculpación, de procesamiento), o simplemente precautoria o de prevención (autos de libertad o de prisión)», supuestos éstos en lo que se considera que al menos se ha roto la apariencia de imparcialidad que constituye también el valuarte justificador de la garantía de juez decisor ajeno a la investigación previa ; asimismo la STC 151/1991, confirmó la naturaleza instructora de la decisión sobre la situación personal

Por otro lado cabría plantearse si no resulta contradictorio negar la imparcialidad objetiva del Tribunal cuando alguno de los magistrados hubiese participado en el procesamiento dictado *ex novo* contra el acusado, y aseverar su concurrencia cuando tal pronunciamiento se hubiese efectuado por vía de recurso confirmando el procesamiento del juez de instrucción, ya que en ambos casos, tanto para su adopción como para su confirmación debe apreciarse la concurrencia de los motivos que dan lugar a tan grave medida por lo que debe efectuarse un análisis de las actuaciones practicadas en la instrucción.

En efecto, el recurso de apelación constituye un medio de gravamen que posibilita el doble grado de jurisdicción, de ahí que el órgano *ad quem* haya de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior. Su actuación no se limita únicamente a revisar lo hecho por el órgano inferior sino que deba realizar un nuevo examen¹⁰⁰.

Sin embargo, no podemos desconocer que la parte perjudicada o gravada con la resolución es la que al

con la consiguiente valoración inicial e indiciaria acerca de su culpabilidad.

¹⁰⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, op. cit., pp. 723-724 «la valoración que se hace o que puede hacer el Tribunal (...) no será distinta a la que podía hacer el juez instructor. No es necesario que los documentos sean posteriores a la interposición del recurso, por lo que se busca decidir la apelación en base al material de hecho existente al momento del auto recurrido»; en el mismo sentido MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, pp. 177-178.

recurrir delimita el ámbito y extensión de las cuestiones que han de ser conocidas por el órgano de apelación. Por ello la actuación del órgano ad quem podría ver circunscrita su actuación a comprobar desde una perspectiva formal la regularidad del procesamiento, o por el contrario extenderla a las razones de fondo que justifican su adopción. Sólo en éste último caso cabría entender afectada la imparcialidad de dicho órgano respecto de una posterior intervención¹⁰¹.

Afirmar que la garantía de imparcialidad objetiva pretende evitar un «prejuicio»¹⁰², que tiene su origen en la valoración del material fáctico que se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo de la

¹⁰¹ DÍAZ CABIALE, *Principio de aportación de parte y acusatorio...*, op. cit., pp. 474 y 475, señala que dado el carácter de exhaustividad que suelen acompañar a las actuaciones instructoras, nos encontraríamos que la Audiencia ha debido estudiar en profundidad todas las actuaciones de esa fase, que en la mayoría de las ocasiones duplican o triplican en cantidad a las que tienen lugar en el juicio oral, por lo que el órgano que va a presidir las actuaciones del juicio oral ha tenido un conocimiento pleno de lo investigado.

¹⁰² DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pp. 34 y 45, considera que la quiebra de la imparcialidad objetiva del juez se produce por el prejuicio o prevención, y no por la investigación directa en sí misma. Y si bien admite que el reunir el material o estar en contacto con las fuentes del mismo puede engendrar dicho prejuicio, declara que es indudable que las resoluciones adoptadas por el juez de instrucción valorando y enjuiciando dicho material no es que quizá, o que tal vez genere prejuicio, es que las resoluciones en sí mismas lo entrañan lo presuponen. En consecuencia considera que cuando el órgano jurisdiccional juzgador enjuicie el asunto de fondo antes del plenario (p. ej. al recurrirse el auto de procesamiento, al confirmar o revocar el auto de conclusión del sumario o al denegar el sobreseimiento solicitado en el período intermedio), implica un prejuicio un

instrucción, independientemente de que hubiere participado en su acopio o le hubiere sido suministrado otra persona distinta, permitiría concluir la quiebra de la imparcialidad objetiva del tribunal sentenciador cuando previamente por vía recurso hubiese dictado resoluciones que son materialmente parangonables con las resoluciones interlocutorias del juez instructor¹⁰³.

La finalidad insita en esta causa parece condicionada a eliminar el riesgo de prevención. Así para apreciar su concurrencia no debiera ser precisa la constatación de la existencia efectiva de un prejuicio, bastando la posibilidad o juicio de probabilidad de su adquisición. Esta es la razón por la que abogamos por una apreciación objetivada de esta causa de recusación procediendo a separar del enjuiciamiento a aquél que se encontrase funcional y

prejuicio de suficiente entidad como para afectar negativamente a la deseable imparcialidad.

¹⁰³ En este sentido, PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías...* op. cit., p. 100, estima que el efecto devolutivo de un recurso provoca que el Tribunal *ad quem* deba enjuiciar los mismo problemas que convierten al juez de instrucción en un juez objetivamente falto de imparcialidad, motivo por el cual el tribunal *ad quem* al realizar esta actividad también está perdiendo su debida imparcialidad; asimismo BERMÚDEZ OCHOA, «La configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva» op. cit., p. 141, declara que «la resolución de los recursos sobre la adopción de medidas cautelares es un acto procesal que presupone un conocimiento acabado de los resultados que ofrece la investigación materialmente desarrollada por el instructor y su ponderación y valoración, para poder corregir y confirmar las resoluciones que este haya dictado. Se trata de un contacto indirecto, en cuanto se lleva a cabo a través de la documentación de la actividad investigadora material, pero no por ello sustraído a la virtualidad contaminativa que supone como actividad previa al juicio oral».

orgánicamente en una situación que permitiese cuestionar su imparcialidad.

Consecuentemente de *lege ferenda* sería deseable que el conocimiento del recurso de apelación de los autos que dicta el juez de instrucción se defiera a un órgano judicial o sección del mismo órgano diferente del que tenga que fallar la causa a fin de preservar su imparcialidad objetiva¹⁰⁴.

C. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Tampoco la jurisprudencia del TEDH suministra un concepto claro y preciso de qué actos de instrucción son susceptibles de conculcar el derecho al juez imparcial. Del análisis de la jurisprudencia se extrae falta de coherencia y claridad en la delimitación de las actuaciones que menoscaban la imparcialidad objetiva, lo cual contribuye a mantener la incertidumbre en esta materia.

En un primer momento la jurisprudencia del TEDH pareció admitir que el ejercicio de funciones acusadoras, inquisitivas, y jurisdiccionales

¹⁰⁴ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 340, «a través de los recursos devolutivos contra resoluciones del instructor especial puede contaminarse la Sala, por lo que hubiera sido mejor delegar la instrucción en el juez natural, sin perjuicio de que de los recursos devolutivos hubiera podido

relativas a la adopción de detención provisional resultaban incompatibles con el ejercicio ulterior en el mismo proceso de la función decisora. Así en el asunto Piersack¹⁰⁵ en el cual el Presidente del Tribunal que enjuició al requirente había actuado anteriormente como Fiscal, que aunque no intervino directamente si había tenido amplios poderes de supervisión sobre la actuación de los fiscales que llevaron las investigaciones del caso. En el caso De Cubber¹⁰⁶, la Corte estimó que se conculcaba el derecho al juez imparcial porque uno de los magistrados que integraban el Tribunal enjuiciador había intervenido en calidad de juez de instrucción, siendo la instrucción en derecho belga una tarea inquisitiva, de carácter secreto y no contradictorio, por lo que resultaban fundados los temores del inculcado ante quien se había acordado su detención preventiva y se le había interrogado frecuentemente durante la instrucción.

El criterio contundente mantenido por ambas resoluciones llevó en el caso Ben Yaacoub¹⁰⁷, el cual se trata de una sentencia de conformidad por lo que sus fundamentos jurídicos se limitan a comprobar la corrección del acuerdo logrado entre el interesado y el gobierno belga, incorporara el dictamen previo de la Comisión según el cual un juez que hubiere

conocer una sección que no formara parte de la Sala de enjuiciamiento».

¹⁰⁵ Piersack vs. Bélgica, STEDH 1-10-1982.

¹⁰⁶ De Cubber vs. Bélgica, STEDH 26-10-1984.

confirmado en vía de apelación una resolución acerca del mantenimiento de la prisión preventiva, no puede posteriormente participar en la decisión de la causa, ya que tal decisión le habría permitido adquirir un conocimiento profundo del caso y de la personalidad del acusado, con el riesgo de formarse una opinión preconcebida sobre su culpabilidad.

La contundencia de dicha doctrina comienza su declive a partir del caso Hauschildt¹⁰⁸, en virtud de la cual el hecho de que un juez de primera instancia o de apelación hubiese tomado decisiones previas al juicio, concretamente respecto a la detención provisional, no justificaba en sí las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad, teniendo en cuenta que ciertas circunstancias en un caso dado podían autorizar una conclusión diferente. Precisamente, en este supuesto fue estimada la conculcación del derecho al juez imparcial porque para acordar la detención provisional se aplicó un precepto de la legislación danesa que requería apreciar, «sospechas particularmente reforzadas» de que el interesado había cometido el delito que se le imputaba. Lo cual significa que el juez que lo acuerda debía de tener una convicción acerca de la culpabilidad muy clara, lo que indica que la diferencia entre la cuestión para aplicar dicho artículo y el problema a resolver en el proceso deviene entonces ínfima».

¹⁰⁷ Ben Yaacoub vs. Bélgica, STEDH 27-11-1987.

¹⁰⁸ Hauschildt vs. Dinamarca, STEDH de 24-5-1989.

Así, en el asunto Oberschlick¹⁰⁹ se estimó que el conocimiento de un recurso de apelación contra la resolución condenatoria dictada por un órgano jurisdiccional, cuando previamente la misma Sala había revocado el auto de sobreseimiento dictado por el juez de instrucción conculcaba el derecho al juez imparcial, pero en este caso concreto el ordenamiento austriaco establecía este supuesto específico como causa de exclusión del juez.

Por el contrario, siguiendo con la línea jurisprudencial del caso concreto, el TEDH en el asunto Sainte Marie¹¹⁰, consideró que la confirmación de una resolución desestimatoria de libertad del interesado no justificaba en sí la existencia de aprehensiones en cuanto a la imparcialidad. Este caso presentaba matices particulares, ya que el acusado había sido detenido como autor de un atentado y se le instruyeron dos procedimientos separados: uno por destrucción de inmueble, y otro por tenencia de armas y asociación criminal. Dos de los magistrados que habían confirmado la resolución del juez de instrucción por la que se denegaba su solicitud de libertad en el primero de los procesos, formaron parte del tribunal que le juzgó en el segundo de ellos. La Corte no estimó parcialidad, porque entendió que para confirmar dicha medida restrictiva de libertad los jueces se «habían limitado a apreciar de forma sumaria los datos

¹⁰⁹ Oberschlick vs. Austria, STEDH 23-11-1991.

disponibles para determinar si a primera vista las sospechas de la comisaria tenían alguna consistencia y permitían creer sobre un riesgo de fuga».

En el asunto Padovani¹¹¹ se afirma que los temores de parcialidad respecto del magistrado que juzga en el marco de un procedimiento denominado *giudizio directtissimo*, habiendo interrogado y confirmado hasta dos veces la detención del interesado, no estaban justificados. Para lo cual adujo entre otras razones que para privarle de libertad, el juez se había basado en la propia declaración del inculpado, y que este proceso especial para delitos flagrantes, en que el detenido es conducido directamente ante el juez competente para el fallo, lo que pretende es dar respuesta a la exigencia de un plazo razonable.

De modo similar en el caso Fey¹¹², el Tribunal estimó en relación con un procedimiento penal equivalente a nuestro juicio de faltas, que no cabía tildar de parcialidad al Juez por el hecho de haber desarrollado unas investigaciones preliminares, que incluían el haber recibido declaración al denunciante en virtud de una comisión rogatoria y el haber requerido a un banco y a dos compañías aseguradoras acerca de las operaciones realizadas en la cuenta del imputado, y que por último resolvió

¹¹⁰ Sainte Marie vs. Francia, STEDH 16-12-1992.

¹¹¹ Padovani vs. Italia, STEDH 26-2-1993.

¹¹² Fey vs. Austria, STEDH 24-2-1993.

fijar la fecha de los debates. En este caso se argumentó que tales medidas se distinguían netamente por su extensión y naturaleza con las adoptadas en el caso de Cubber, en el cuál se habían realizado una investigación en profundidad con numerosos interrogatorios del acusado.

Asimismo en el asunto Nortier¹¹³, en relación con el proceso holandés de menores en el que la instrucción compete al Fiscal, consideró no contaminado al juez que antes de juzgar había resuelto hasta cuatro veces sobre la petición de prisión provisional para el imputado menor de edad formulada por el Fiscal ante el peligro de reincidencia, porque si bien la adopción de la medida requiere la existencia de «indicios serios», para constatar su existencia «era suficiente verificar que a primera vista la acusación mantenida por el ministerio público se basa en datos válidos, además de que el menor se había confesado autor de la infracción y que podía interponer recurso de apelación en cualquier caso, de manera que un tribunal compuesto por tres magistrados conocerían sin limitación alguna».

Por otra parte, en el asunto Saraiva de Carvalho¹¹⁴, tampoco consideró que concurriese parcialidad objetiva en el juez que previamente al proceso había dictado contra el acusado un despacho

¹¹³ Nortier vs. Países Bajos, STEDH 24-8-1993.

¹¹⁴ Saraiva de Carvalho vs. Portugal, STEDH 22-4-1994.

de pronuncia, resolución equivalente al auto de apertura del juicio oral, en tanto que es posterior a la formulación del escrito de acusación. En este caso el TEDH estimó que dado que el despacho de pronuncia no es una declaración formal de culpabilidad, la apreciación preliminar de los datos disponibles no se equipara a constatar la existencia de «sospechas particularmente reforzadas», sino a determinar si existen «indicios suficientes», parangonables a los indicios serios mencionados en el asunto Nortier.

En el asunto Bulut¹¹⁵, se trataba de determinar si la participación del juez en la instrucción preliminar determinaba su exclusión para el conocimiento de la fase decisora, tal y como prevé el derecho austríaco y como había sido reconocido en el asunto Pfeifer et Plankl¹¹⁶. En este caso, sin embargo no se estimó conculcación del derecho al juez imparcial primero porque a diferencia del referido caso se estimó renunciado el derecho de recusación al no haberse ejercido, y segundo porque se entendió que la actuación del juez en la fase de instrucción preparatoria que había quedado circunscrita al interrogatorio de dos testigos sin haberse efectuado valoración alguna, en modo alguno conculcaba el derecho al juez imparcial.

¹¹⁵ Bulut vs. Austria, STEDH 22-2-1996.

¹¹⁶ Pfeifer et Plank vs. Austria, STEDH 25-2-1992.

Por último, en la sentencia Castillo Algar¹¹⁷ se apreció conculcación del derecho al juez imparcial en atención a que los términos empleados por la Sala del Tribunal militar Central que resolvió la apelación contra el auto de procesamiento, podían fácilmente llevar a pensar que hacían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia, según la cuál existían indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar. Por ello tras hacer una somera referencia al caso Oberschlick, el TEDH concluye que , en las circunstancias del caso, la imparcialidad del Tribunal sentenciador podía suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podían considerarse objetivamente justificados.

Como puede observarse a la luz de la jurisprudencia del TEDH en la que impera el casuismo y la circunstancialidad, con demasiados y sutiles matices que minimizan la vigencia del derecho de imparcialidad, no puede extraerse con seguridad y claridad cuales son las actividades previas al juicio oral que adquieren el carácter contaminante y que posibilitan la separación de aquél en quien concurre.

¹¹⁷ Castillo Algar vs. España, STEDH de 28-10-1998.

II. HABER FALLADO EL PLEITO O CAUSA EN ANTERIOR INSTANCIA.

1. FUNDAMENTO.

El ejercicio repetido de la función jurisdiccional¹¹⁸ no fue contemplado en las ancestrales leyes de enjuiciamiento como una causa de recusación. Tal omisión pudo deberse bien a que su previsión fuese estimada una obviedad, ya que es principio estructural del sistema de recursos que el juez que hubiese dictado la resolución impugnada no podía formar parte del órgano a quien estuviese atribuido el conocimiento del recurso¹¹⁹, o bien por estimar dicha circunstancia era susceptible de ser incluida en otras causas de recusación como era el tener interés directo o indirecto en el pleito¹²⁰.

En cualquier caso la configuración legal de esta circunstancia como una causa de recusación no es una cuestión baladí y sin ninguna transcendencia práctica. Quizá hubiera sido deseable su establecimiento como una causa de inhabilidad para

¹¹⁸ Tal y como lo denomina GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...op. cit.*, p. 17.

¹¹⁹ La STS 14 Marzo de 1904, cit en Gómez Orbaneja, *Comentarios...*, op. cit., estima que incurre en delito de prevaricación el juez que conoció el recurso de apelación de su propia sentencia por estimar que al hacerlo así el juez tuvo el propósito deliberado de faltar a la obligación de la autoridad o cargo que desempeñaba porque de otro modo debiera haberse abstenido por propia iniciativa.

¹²⁰ Vid. GUASP DELGADO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, p. 593.

ejercer la función jurisdiccional dentro del proceso, en cuanto que permitir que un juez conozca en vía de recurso la resolución por él dictada desvirtúa *per se* la finalidad a que responde el recurso, y constituye una cuestión que más allá del ámbito de la imparcialidad, trasciende e incide en la configuración estructural del proceso.

Nuestro sistema de recusación no distingue entre causas de inhabilidad y de sospecha del juez por lo que el conocimiento en la instancia previa no significa la nulidad del acto así practicado. En este sentido, siguiendo a MONTERO AROCA podríamos concluir que la configuración de esta circunstancia como causa de recusación desvirtúa el concepto mismo de recurso¹²¹.

Ciertamente el establecimiento de una incompatibilidad de funciones refuerza el desarrollo del proceso en sucesivas fases y la devolución de los recursos, ya que de otro modo la finalidad de revisión y control de la actividad jurisdiccional que llevan a cabo los recursos quedaría vacía de

¹²¹ MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, op.cit, pp. 253-255, bajo el prisma de su teoría de actividades incompatibles considera que cuando la incompatibilidad se deriva de haber conocido de la instancia anterior, la misma no halla explicación bajo el prisma de la imparcialidad, ni del contacto con el objeto del proceso, sino que halla su fundamento en la incompatibilidad de funciones en un mismo proceso y en el concepto mismo de recurso en cuanto que permitir que el mismo juez que dictó la sentencia recurrida pueda conocer del recurso equivale desvirtuar la esencia del mismo. .

contenido¹²². Pero en última instancia esta causa de recusación tiene como finalidad primordial garantizar la imparcialidad del juez, en cuanto que un juez que ya ha expresado su convicción en la anterior instancia difícilmente se puede apartar del criterio ya manifestado.

2. PRECISIÓN CONCEPTUAL.

Para delimitar el alcance del precepto dos son las cuestiones que hemos de precisar en primer término la significación de la expresión utilizada «haber resuelto el pleito», y en el segundo delimitar el alcance de la locución «anterior instancia».

A) HABER RESUELTO EL PLEITO

Parece que la expresión «haber resuelto el pleito» que define esta causa de apartamiento, en su tenor literal significa que no toda intervención que hubiese efectuado el órgano enjuiciador en una instancia anterior conformaría esta causa de recusación. Por el contrario, la actuación referida se circunscribiría a la decisión definitiva que concluye una determinada instancia procesal¹²³.

¹²² En este sentido, STC 282/1993 de 27 de Septiembre; 137/1994 de 9 de mayo; 299/1994, de 14 de Noviembre; 11/2000, 17 de enero; 151/2000 12 de Junio.

¹²³ STS 22-12-1999, *Revista de Actualidad Civil*, núm. 17, respecto a un supuesto en el habiendo participado un magistrado en primera instancia y posteriormente en trámite de apelación

B) ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «ANTERIOR INSTANCIA»

Asimismo, es necesario significar cuál es el alcance que el legislador confiere a la expresión «anterior instancia», por cuanto que en puridad ni todo recurso posibilita una nueva instancia¹²⁴, ni todos los supuestos en los que hubiere existido un conocimiento anterior por parte del juez decisor pueden conceptuarse como instancia anterior, como ocurre en aquéllos supuestos en los que acordada la nulidad de la resolución se ordena la retroacción de actuaciones al momento en que se cometió la falta. En este caso siendo indudable que concurre una intervención sucesiva del mismo juez en el desarrollo del proceso que debe, una vez sea subsanada la falta, resolver de nuevo sobre la misma

señala que «la parte recurrente(...)confunde proceso penal con su característica división de las fases de instrucción y de enjuiciamiento, con el proceso civil que carece de tal división y, por ello, nada obsta a que forme parte de la Sala que resolvió el recurso de apelación el mismo que fue, no instructor, sino juez en la primera instancia que no llegó a poner sentencia»; vid VALLESPÍN PÉREZ, «Comentario a la STS (1ª) de 22 de Diciembre de 1999, en que se analiza la problemática de la imparcialidad objetiva en el proceso civil», <http://www.sc.ehu.es/dowlonaa/rvdpa>, concluye «el juez que ha tramitado y substanciado todo un juicio civil preparándose para dictar sentencia mediante el estudio de los autos(...) se ha "contaminado" más que la mayoría de los jueces instructores», por considerar que«tanto el trabajo de un instructor en el proceso penal como el del juez de primera instancia en el proceso civil suponen un trabajo físico y psíquico que necesariamente tiene que conducir a formar criterio u opinión sobre el asunto que es lo que crea la sospecha de su parcialidad».

¹²⁴ Ciertamente, como señala CALDERÓN CUADRADO, *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Granada, 1996, p. 19, «la segunda instancia adquiere pleno significado no como mecanismo de infracciones cometidas durante la primera sino como manifestación de un derecho del inculpado a ser condenado sobre la base de un doble convencimiento el del juzgador de primera instancia por un lado y además el del órgano de apelación».

cuestión que ya en su día resolviera, ésta se lleva a cabo en la misma instancia.

Tampoco es considerado ejercicio repetido de jurisdicción el conocimiento reiterado de recursos en un mismo proceso. Así el Tribunal Constitucional en la STC 14/2001 no estimó que conculcase el derecho al juez imparcial que el órgano de apelación que había revocado la primera sentencia absolutoria, que motivó la celebración de un nuevo juicio oral tras el cual fue dictada una sentencia de condena, fuese el mismo órgano de apelación que confirmase en vía de recurso dicha condena.

Son diversos los supuestos que posibilitan una reflexión acerca de la imparcialidad objetiva del juez que lleva a cabo diversas y sucesivas intervenciones dentro de un mismo proceso: en primer lugar, el conocimiento de los recursos devolutivos, especialmente los recursos extraordinarios; en segundo lugar, conocer y resolver de nuevo en la misma instancia una vez se subsane el vicio que motivó la nulidad de la resolución impugnada por vicios *in procedendo*; y en tercer y último lugar el conocimiento de las acciones autónomas de impugnación.

B.1) LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS.

Respecto a la primera de las cuestiones, un

análisis de la imparcialidad objetiva en los recursos devolutivos requiere distinguir por un lado, el recurso ordinario y, por otro los recursos extraordinarios.

Entendido el recurso como el instrumento que posibilita una segunda decisión más reflexiva del mismo órgano o de un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al que dictó la resolución que se impugna, su justificación se encuentra precisamente en la condición humana y falible de los jueces y magistrados.

Nuestro sistema de impugnación se caracteriza porque en absoluto pueden aparecer vinculados el derecho al recurso y el principio del doble grado de jurisdicción. En efecto, el derecho al recurso no es un derecho constitucionalizado que imponga al legislador la exigencia de regular un determinado recurso; sólo en el ámbito penal por mor del art. 14. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York de 16 de Diciembre de 1966, se reconoce «el derecho de toda persona condenada por un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sea sometido a un Tribunal Superior», y tal revisión deberá hacerse conforme a lo prescrito por la ley.

Por tanto, la exigencia legal que se advierte concretamente en el ámbito del proceso penal de establecimiento de un recurso devolutivo, en absoluto significa que se imponga la reglamentación

de una segunda instancia, reconociéndole al legislador un amplio margen de libertad para optar entre el criterio de la doble instancia, o el de instancia única más impugnación casacional. Concretamente, en el marco del proceso penal común ordinario¹²⁵, y en el proceso laboral se ha optado por éste último régimen para impugnar las sentencias definitivas.

El recurso de casación en ningún caso puede ser confundido con una segunda instancia, ya que lo único que tienen en común dichos conceptos es que ambos posibilitan el efecto devolutivo, cumplimentando la exigencia que contempla el art. 14. 5 PIDCP.

La apreciación del término instancia en su tenor literal, entendiendo por tal aquél que posibilita un nuevo conocimiento del asunto que sustituye la valoración efectuada por el inferior, supondría excluir del ámbito de proyección de la exigencia de imparcialidad objetiva al recurso de casación en particular, acogiendo el sentir mayoritario de la doctrina que niega que la casación constituya una instancia más¹²⁶, y en general los

¹²⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 706-707, critica el sistema de impugnación penal vigente, por cuanto que el proceso común ordinario limita las posibilidades del acusado de obtener un nuevo conocimiento de la causa por motivos puramente formales, como es la exacerbación del principio de inmediación, y postula el establecimiento del doble grado de jurisdicción en el proceso penal.

¹²⁶ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, T. II, Barcelona, 1990, p. 744, para quien el recurso de casación no es una nueva

recursos extraordinarios, tasados y sujetos a requisitos especiales.

El resultado inicuo y carente de toda justificación que conllevaría limitar el alcance material y el significado de esta causa de recusación a aquél que conozca en segunda instancia, habiendo conocido a su vez de la primera instancia¹²⁷, excluyendo de su ámbito de aplicación el conocimiento de los recursos extraordinarios¹²⁸, exige abogar por otra interpretación alternativa.

El fundamento que subyace a ésta causa es evitar que la relación que se entabla con el objeto del proceso al resolver en la instancia, pueda influir con posterioridad si tiene que volver a dictar una resolución sobre el mismo objeto y con las mismas partes. Supone admitir que la previa intervención le sitúa en una situación de prevención que puede dejar vacía de contenido la posterior fase

instancia en el proceso, con lo quiere significarse que no es posible en este momento introducir nuevos hechos en el debate, ni discutir los problemas fácticos de la instancia por vía de este recurso.

¹²⁷ Así lo ha estimado el TC en diversas resoluciones 282/93, de 27 de septiembre; 137/1994 de 9 de mayo, y 299/1994 de 14 de noviembre.

¹²⁸ Resulta muy interesante el voto particular del magistrado Pi Sunyer a la STC 119/93 en la que declara «la interpretación literal que atribuye al término "instancia" un sentido técnico formal estricto para poder excluir de entrada de su ámbito los recursos extraordinarios, cabría oponer, en esta línea de principio, el invocado por este Tribunal en numerosas sentencias según el cual las garantías procesales del art 24 de la Constitución, no solamente deben aplicarse a los recursos ordinarios, sino también a los recursos extraordinarios (SSTC 50/1982 124/1984, 158/1987). Y entre estas garantías figura sin duda la del juez imparcial».

de revisión, y privarla de la función fiscalizadora y crítica que cumplen todos los recursos sin excepción, entre los que por supuesto se encuentra el recurso de casación¹²⁹. En base a todo ello, podemos concluir significando que esta causa se constituye como garantía del carácter devolutivo de los recursos sin atender en absoluto a la mayor o menor amplitud cognoscitiva que posibiliten los mismos.

La garantía de imparcialidad objetiva comporta una incompatibilidad del juez de primera instancia para conocer de las subsiguientes instancias, con lo que refuerza el cumplimiento efectivo del carácter devolutivo de los recursos. De nada serviría posibilitar un nuevo conocimiento del proceso por un órgano distinto al que dictó la resolución impugnada, si dicho órgano pudiera constituirse con jueces o magistrados que ya hubieren conocido sobre el mismo objeto del proceso, en la instancia anterior. Para finalizar señalar una cuestión que no por obvia carece de relevancia, y no es otra que la exclusión del ámbito de aplicación de dicha causa a los recursos no devolutivos que por su propia naturaleza deben ser resueltos por el mismo órgano que dictó la resolución que se impugna. Por lo tanto cuando configuran una impugnación en sentido estricto, como ocurre con el recurso de reposición en el que razones de economía procesal aconsejan que las violaciones

¹²⁹ Vid STC 151/2000, de 12 de junio que estimó la vulneración del derecho al juez imparcial por resolver en suplicación la impugnación de una sentencia que había dictado como Juez de lo Social.; En este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ

legales sean conocidas por el mismo órgano al que se imputan, como cuando constituyen auténticos medios de gravamen, como ocurre con el recurso de reforma y el de súplica en el ámbito penal, en los que se pretende un nuevo conocimiento de la materia decidida más sosegado por el propio órgano jurisdiccional¹³⁰.

Cuestión diametralmente distinta, a la que se viene analizando, es la de si comporta un menoscabo a la imparcialidad del órgano jurisdiccional conocer de nuevo sobre el mismo objeto procesal por haberse acordado la reposición de actuaciones al momento de comisión de la falta, bien cuando se estima el recurso de casación por quebrantamiento de forma, bien cuando se rescinde una sentencia firme por concurrir algunas de las causas que posibilitan la revisión o la audiencia al rebelde.

B.2) CONOCIMIENTO DE NUEVO POR EL ÓRGANO QUE DICTÓ LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, EN REPOSICIÓN DE ACTUACIONES POR INFRACCIÓN PROCESAL.

En sentido técnico no constituye ejercicio repetido de la función jurisdiccional en el mismo proceso, la reposición del procedimiento «al tribunal de que proceda la causa», según dispone el art 901 bis a), o «al tribunal a quien corresponda

SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico*, T. II, Madrid, 1992.

¹³⁰ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 715 -716.

el conocimiento del delito», según lo dispuesto en el art 958, una vez anulada la sentencia impugnada en el recurso de casación por quebrantamiento de forma y en el de revisión, respectivamente¹³¹.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional¹³² que ante un supuesto de nulidad de actuaciones por quebrantamiento de forma manifestó que «el justiciable, condenado ya en la instancia tiene derecho estrictamente a la reparación de los vicios advertidos, mediante la retroacción de lo actuado y a que el juzgador aprecie y pondere la incidencia y repercusión de las nuevas actuaciones sobre la resolución de la causa. Se dará o no tal incidencia y se impondrá o no, por tanto la rectificación de la anterior sentencia, pero el derecho del acusado queda preservado, en cualquier caso, mediante la reparación de las actuaciones viciadas y la consideración de las mismas por el juez a efectos de apreciar si su primer pronunciamiento, luego anulado, debe ser mantenido o alterado». Y ello por entender que aun cuando efectivamente ha hecho manifestación expresa de la convicción alcanzada en la resolución anulada «la

¹³¹ En este sentido GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1987, p. 62; MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, op. cit., p. 258, también estima que en el ámbito de la incompatibilidad de funciones «nada se pone a que un juez conozca de una instancia o recurso y que después vuelva a conocer de la misma o del mismo, una vez que su actividad ha sido anulada por defectos de forma», en cuanto que en este caso se trata de conocer y de resolver sobre la instancia de un proceso o sobre un recurso del mismo.

¹³² STC 157/93.

convicción expuesta en la sentencia que culmina un procedimiento viciado se formó defectuosamente y es, por ello, merecedora de reproche, de tal modo que el ordenamiento bien puede exigir al juez que cometió la infracción procesal que repare primero, los vicios determinantes de la nulidad y que pondere, después, la transcendencia de lo nuevamente actuado sobre la sentencia en su día dictada, modificando incluso si fuera preciso la apreciación expuesta entonces sobre la responsabilidad del acusado».

La apreciación que efectúa el Tribunal Constitucional con el respeto que merece la autoridad de que procede, ha sido considerada por cierto sector doctrinal a cuyo parecer nos adherimos, como una verdadera estafa procesal que se traduciría, parafraseando a RODRÍGUEZ RAMOS, en una incongruencia entre la generosidad a la hora de formular el principio según el cuál las meras apariencias son suficientes, y la tacañería en la aplicación de dicho principio al caso concreto, el expansionismo de lo abstracto y el reduccionismo de su aplicación al caso particular, el maximalismo del enunciado y el minimalismo de la conclusión, lo cual sin duda genera mucha inseguridad jurídica en este ámbito¹³³.

En efecto, la práctica forense demuestra que si al juez de instancia se le ordena resolver una

causa por él enjuiciada con anterioridad, consciente o inconscientemente, una vez fuese subsanada la falta que motivo la nulidad, suele volver a pronunciar el mismo fallo ¹³⁴.

Sin embargo, no a todos los casos en los que se previene la reposición de actuaciones por apreciarse un quebrantamiento de norma procesal, se les podría considerar aplicable la doctrina del juez prevenido, y en este sentido deben hacerse distintas matizaciones.

Es indudable que la doctrina del juez prevenido debiera hallar aplicación en aquellos supuestos de *error in procedendo*, cuya manifestación se verifica a lo largo del proceso siempre antes de dictar sentencia. Y ello por cuanto que en estos casos, la reposición de actuaciones comporta la realización de aquella actuación procesal, injustamente omitida, realización práctica que no constituye un fin en sí

¹³³ RODRÍGUEZ RAMOS, «Derecho a la imparcialidad judicial objetiva (Contaminación del instructor)», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 17, p. 86.

¹³⁴ PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías...* op. cit., p. 114. De forma más tajante, SANTOS VIJANDE, «Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)», *La Ley*, núm. 4419, 22-1-1999, p. 7, declara que «el justiciable puede tener una confianza absoluta en la honradez del juzgador, en que éste actuará en conciencia y considerará lo nuevamente actuado para decidir; pero esto es del todo intrascendente cuando la situación que tiene lugar, desde un punto de vista puramente objetivo, induce a sospechar acerca de si el juez será capaz de sustraerse, psicológicamente hablando, a la inevitable influencia de su anterior convicción».

mismo, sino que configura el medio para lograr alterar la convicción del juez¹³⁵.

En este sentido resulta muy expresiva la apreciación que efectúa DÍAZ CABIALE, en cuanto manifiesta que tanto en aquellos casos en los que la reposición se lleva a cabo por denegación de algún medio de prueba, en los que la soberanía del Tribunal superior se limita a retrasar la efectividad de la resolución, como en aquéllos en los que se debe a la omisión de la citación a alguna de las partes, o de la declaración de rebeldía es necesario aplicar la doctrina del tribunal contaminado para evitar que se produzca un mero ritual carente de sentido¹³⁶.

¹³⁵ En efecto, como muy bien refleja la STS 24-6-1991 (RAJ 4795), «cuando se produce un quebrantamiento de forma la resolución se anula porque, habiéndose infringido las formas prescritas por la norma procesal para la actuación de la Ley sustantiva, no puede saberse si aquél, es decir, el fallo, corresponde o no a dicha voluntad. El nuevo resultado sentenciado podrá ser el mismo, pero también puede ser diferente. Las dos opciones están abiertas. En tales circunstancias no puede conocer ya el mismo Tribunal. No se trata, en absoluto, de la más mínima reserva frente al juzgador que, sin duda, trataría de actuar, como siempre, con objetividad, serenidad, equilibrio e independencia, es decir, con imparcialidad. En cualquier caso hay que señalar que la psicología y las reglas de la experiencia, bien contrastadas, conducen al mismo resultado (...) Cuando un Tribunal, en un proceso, esto es importante, en el que lo que se persigue es descubrir la verdad real, frente a la llamada verdad formal o aparental, toma una decisión en función de la prueba ante él practicada, si, después, ha de presenciar una nueva prueba, por él mismo considerada improcedente, y volver a decidir, es probable que de manera, acaso, inconsciente, bajo la inquietud de resolver lo que es justo, se prescinda de hecho, tal vez inqueridamente, de la nueva prueba y se mantenga el mismo resultado».

¹³⁶ Vid. DÍAZ CABIALE, *Principio de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996, pp. 498-500; Esta es sin duda la doctrina jurisprudencial mantenida por

Por el contrario, en aquéllos otros supuestos en los que la reposición de actuaciones se produce también en razón de un *vicio in procedendo* pero cuya manifestación acontece en el mismo momento de dictar la sentencia¹³⁷, del mismo modo a como sucede en el

el Tribunal Supremo, en la SSTS 4-4-1991 (RAJ 2570); 30-4-1991 (RAJ 2998), en la que declara que, «cuando un Tribunal en la instancia procede con infracción de alguna norma de las que ordenan el desarrollo del proceso, como en este caso acontecido, no debe conocer de nuevo de las actuaciones si al hacerlo pudiera verse comprometida la imparcialidad objetiva. No se trata de ninguna reserva frente a un Tribunal que, sin duda, habría de actuar con objetividad, serenidad, equilibrio e independencia, sino a una inevitable contaminación procesal, es decir, a la imparcialidad objetiva, a la que acaba de hacerse referencia, que deja por completo a salvo la rectitud moral del juzgador. La psicología y las reglas de experiencia enseñan que, cuando una persona o un Tribunal han tomado una decisión, (...) en el que no se ha tomado en consideración, en uno y otro sentido, una prueba porque indebidamente no se practicó, es fácil que de manera inconsciente se prescinda de hechos de dicha prueba, una vez practicada, y se mantenga el criterio precedente, no por un prurito de no modificar lo ya resuelto, sino por una regla de experiencia humana, que a veces se impone al indiscutible deseo del Tribunal de resolver con absoluta objetividad e imparcialidad del que no se duda). Asimismo las SSTS 24-6-1991 (RAJ 4795); 31-3-1992 (RAJ 2537); ATS 11-4-1994, (RAJ 2908). De igual modo la STS 5-5-1993 (RAJ 3844), justifica tal consideración no en la posible falta de imparcialidad del órgano judicial sino en preservar la apariencia de imparcialidad excluyendo cualquier sospecha que pudiese surgir al respecto señalando que, «el deber de mantener a todo trance alejada cualquier sospecha de duda acerca de la imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador imponía que en su composición no hubiese estado presente ninguno de los Magistrados que integraron el Tribunal que dictó la primera sentencia anulada, y al haber sido desatendida tan elemental cautela, procede, en aras de mantener la apariencia de una adecuada imparcialidad objetiva del Tribunal de instancia, estimar el motivo, declarando la nulidad del juicio oral y de la sentencia dictada, debiéndose repetir juicio y sentencia ante Tribunal cuyos miembros serán distintos de los que integraron los dos juicios que han sido anulados».

¹³⁷ Es muy difícil deslindar desde el punto de vista práctico la categoría de errores *in iudicando* de los errores *in procedendo*, en muchas ocasiones el hecho de que proceda alterar, tan sólo, algún extremo de la sentencia es lo que ha motivado que en el ámbito civil éstos vicios *in procedendo* sean tratados como

supuesto de error *in iudicando*, la reposición de actuaciones no tiene por finalidad alterar la convicción del juez, en este caso la única finalidad es la subsanación de la falta misma.

Admitido que el convencimiento judicial, alcanzado y plasmado en la resolución, resulta intangible en cuanto que no se ha formado de manera viciada o incompleta carece de sentido la aplicación de la doctrina del juez contaminado, y por lo tanto no existiría inconveniente en que fuese el mismo juez el que volviera conocer de nuevo¹³⁸.

Por ello en aquellos supuestos de nulidad encuadrables en los motivos 1, 2, 3 y 4 del art 851 LECRIM, en los que se considera que el convencimiento se ha formado de forma debida, y que por tanto la reposición no tiene por finalidad modificar la convicción plasmada en la resolución, se justifica plenamente el que pueda y deba conocer de nuevo el mismo juez que dictó la resolución impugnada¹³⁹. Aun cuando es frecuente que a estas

errores *in iudicando* y el mismo tribunal supremo dicte de nuevo el fallo.

¹³⁸ No es esta la conclusión alcanzada por DITRICH, «L'incompatibilità per il giudice derivante dalla precedente cognizione della controversia», *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1987, pp. 70 a 73, que mantiene precisamente la teoría contraria.

¹³⁹ Así lo ha declarado el propio Tribunal Supremo STS 9-12-1994 (RAJ 9371), que expone ciertamente «la "contaminación objetiva" puede darse en el caso de que, por alguno de los supuestos previstos en el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se anule la sentencia de instancia por vicio procedimental cometido con anterioridad a la resolución y, consecuentemente tenga que repetirse el juicio, lo que igualmente

infracciones se le dé el mismo trato jurídico procesal que a un vicio *in iudicando*, y por consiguiente sea el propio Tribunal Supremo el que resuelva.

Como señala Ditrich¹⁴⁰ en la finalidad de este motivo de abstención y recusación no entra el intento de evitar que el juez tenga en la decisión de la controversia el peso de su particular conocimiento de los hechos, puesto que la precedente cognición de la causa provendría exclusivamente de la actividad desarrollada por el magistrado en el ámbito de sus funciones, la razón de ser estribaría en evitar que el juez se sienta psicológicamente ligado a la opinión expresada en la precedente instancia.

La LEC 1/2000 rompe con el régimen casacional unitario que agrupaba en un mismo procedimiento las

ocurre desde el prisma constitucional, por ejemplo, cuando se ha vulnerado el derecho recogido en el artículo 24 del Texto Fundamental de «utilización de medios de prueba pertinentes», pero no cuando el defecto formal se comete, llevado a cabo el juicio, en la sentencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 851 de la Ley adjetiva y, *ad exemplum* y entre otros casos derivados de los derechos fundamentales integrados en el artículo 24 de la Carta Magna, por falta de "motivación de la resolución", como acontece en el caso enjuiciado, ya que intangible el resultado del juicio, culmen del proceso penal, al defecto o vicio observado, se corrige con el redactado de una nueva sentencia, con subsanación en la misma del error apreciado, pero por los mismos componentes del Tribunal que juzgaron el caso. De lo contrario, no habría más remedio que la celebración de un nuevo juicio, con el riesgo de que lo ya juzgado pudiera devenir en signo contrario, con conculcamiento de lo normado en Ley».

¹⁴⁰ DITRICH, «L'incompatibilità per il giudice derivante dalla precedente cognizione della controversia», *Rivista di diritto processuale*, op. cit, p. 67.

infracciones procesales y las materiales, con la instauración de nuevo cuño del recurso por infracción procesal, con el que traza una neta distinción entre los errores *in procedendo* y los errores *in iudicando* que definen, además de un distinto efecto de la sentencia estimatoria un diverso presupuesto para recursos procedimental y competencialmente distintos, recurso por infracción procesal y recurso de casación¹⁴¹.

El legislador en esta nueva regulación unifica el efecto de la sentencia estimatoria de nulidad por vicios *in procedendo*, con el establecimiento del reenvío en cualquier caso. Ahora bien, el régimen transitorio previsto en la Disp. Final 16.7 prevé la continuación del sistema anterior en tanto sea el Tribunal Supremo el órgano competente para su conocimiento, de manera que cuando la infracción de normas procesales se hubiere producido en el momento de dictar la sentencia será el propio órgano judicial que acuerda su nulidad el que dicte sentencia de nuevo.

No hallamos las razones que justifican el abandono del sistema establecido por su predecesora que, al determinar los efectos de la sentencia estimatoria del recurso de casación por quebrantamiento de forma, tenía en cuenta no sólo la naturaleza del vicio que se hubiere cometido, sino

¹⁴¹ Vid ARIZA COLMENAREJO, «Sistema de recursos en la LEC 1/2000», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm.

la fase del proceso en que hubiere acaecido. Y ello porque ciertamente no es lo mismo que la infracción procesal se cometa en el transcurso del proceso, a que se cometa en el momento mismo de dictar sentencia como ya expusimos con anterioridad¹⁴².

Quizá el escepticismo de la doctrina en la bondad y eficacia del nuevo recurso establecido en la LEC 1/2000, se podría atajar restableciendo el diverso efecto de la sentencia estimatoria de infracciones procesales según el momento procesal en que se hubieren cometido y la atribución del reenvío, en su caso, al órgano jurisdiccional de que proceda la resolución impugnada constituido por magistrados que no hubiesen participado en la misma¹⁴³.

Por su parte el TEDH al abordar la cuestión del ejercicio sucesivo de jueces que han intervenido dos veces en la misma calidad, concluye con la prudencia

4, 2000, pp. 450 y 451.

¹⁴² En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984*, Coord., Cortés Domínguez, p. 838, elogiaba el diferente trato dado por el 1715.3 LEC 1881 a los vicios de la sentencia y a los vicios del proceso en cuanto siendo la sentencia el acto final del proceso su revocación no requiere ulterior actuación procedimental por lo que los errores que se hubiesen cometido se pueden subsanar sin necesidad de reenvío por el propio Tribunal casacional.

¹⁴³ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 4ª ed., Madrid, 2001, p. 411 declara «la introducción de este nuevo recurso plantea el problema de su escasa utilización práctica puesto que lo que realmente se puede obtener de la sentencia que estime este recurso es sólo el retornar el momento en que la falta se cometió, lo que significa acudir de nuevo a quien ya había resuelto en contra del recurrente lo que parece a todas luces poca renta para tanto riesgo».

que caracteriza su doctrina, y previene que «no existe ninguna regla general que derive de la obligación de imparcialidad, que imponga a la jurisdicción superior cuando anule una decisión administrativa o judicial la obligación de reenviar el caso a una autoridad jurisdiccional distinta, o a un órgano de esa autoridad compuesto de forma distinta»¹⁴⁴. Sin embargo, en el asunto *OBERSCHLICK*¹⁴⁵ en un supuesto de reposición de actuaciones si consideró que el conocimiento sucesivo por parte del mismo juez conculcaba el derecho al juez imparcial, pero en este caso lo hizo en atención a que el propio derecho interno contemplaba expresamente dicha proscripción. Es precisamente, esta doctrina casuística de la jurisprudencia comunitaria que encierra contradicciones como la que hemos expuesto la que no permite establecer con criterios claros y precisos el carácter contaminante de dicha actuación.

La reflexión llevada a cabo no es sin más trasladable a las acciones autónomas de impugnación, puesto que éstas no son un recurso propiamente dicho, ya que tienen como presupuesto la existencia de una resolución firme con efectos de cosa juzgada, es decir, sentencias contra la que no cabe recurso ordinario, ni extraordinario alguno.

¹⁴⁴ *Thomann vs. Suiza*, STEDH 10-6-1996, parág. 63; *Diennet vs. Francia*, STEDH 26-9-1995, parág. 38; *Ringeisen vs. Austria*, STEDH 16-7-1971, parág. 97.

¹⁴⁵ *Oberschlick vs. Autriche*, STEDH 23-5-1991, parág. 50.

B.3) IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN RELACIÓN A LAS ACCIONES AUTÓNOMAS DE IMPUGNACIÓN.

Dos son las cuestiones que se suscitan en relación al análisis de la imparcialidad objetiva en el ámbito de las acciones autónomas de impugnación. La primera relativa a la acumulación por parte del mismo órgano del conocimiento de la resolución impugnada y del *iudicium rescindens*; y por otro, la intervención sucesiva del juez de instancia tras conocer del asunto por vez primera, y *a posteriori* de manera contingente en el *iudicium rescisorium*.

Ciertamente tanto la revisión como la audiencia al rebelde tienen en común que proceden contra resoluciones que han ganado firmeza y que ponen fin al proceso de manera definitiva. Por ello, la doctrina mayoritaria las concibe como acciones autónomas de impugnación que tienen por finalidad rescindir una sentencia válida, que produce todos los efectos de cosa juzgada pero que se ha ganado de forma no ajustada a derecho.

La revisión consta de un *iudicium rescidens* y de un *iudicium rescisorium* cuyo conocimiento se encomienda a diversos órganos judiciales. El juicio rescidente pretende determinar si concurren algunos de los motivos que posibilitan la rescisión de la sentencia firme, y si la causa alegada tiene entidad suficiente para modificar la sentencia, por cuanto que si a pesar de la concurrencia de cualquiera de los motivos previstos por el legislador el resultado

hubiese permanecido inmutable no procedería en ningún caso la rescisión de la sentencia, y ello exige llevar a cabo un análisis del fondo del asunto.

Es precisamente este enjuiciamiento respecto a la idoneidad del motivo de revisión esgrimido para determinar el sentido del fallo que debe llevar a cabo el órgano jurisdiccional, lo que quizá suscita la conveniencia de que se practique por un órgano jurisdiccional distinto a aquél ante el cuál ganó firmeza la sentencia objeto de revisión¹⁴⁶. En efecto, la ley para proceder a la rescisión de una sentencia firme exige no sólo la existencia objetiva del motivo que posibilita la revisión, como por ejemplo un documento del que no se pudo disponer por fuerza mayor o por obra de la otra parte, sino que además requiere que tal documento sea «decisivo» en la resolución de la sentencia, o lo que es lo mismo que el fallo adquiriera un significado determinado «en virtud de» la causa que motiva la revisión. Por ello atribuir la competencia para el conocimiento del juicio rescidente al órgano judicial ante el que la sentencia ganó firmeza puede menoscabar la imparcialidad objetiva del juez que ya ha manifestado su convicción, porque incluso de manera inconsciente puede minimizar la transcendencia del motivo que sirve de justificación al recurso de

¹⁴⁶ Cfr. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., op. cit., p. 435.

revisión en la determinación del fallo por una regla de la experiencia humana¹⁴⁷.

Esta conclusión sin embargo no sería apreciable respecto al recurso de audiencia al rebelde. En éste cabe justificar la acumulación de atribuciones sin menoscabo de la imparcialidad del órgano jurisdiccional, porque para su estimación basta acreditar los presupuestos objetivos que posibilitan el juicio rescidente que son: no haber transcurrido los plazos estipulados en la ley y la incomparecencia involuntaria del demandado en el proceso por causas no imputables a él.

En lo que concierne al segundo extremo siguiendo a MORENO CATENA¹⁴⁸ no parece que desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva exista inconveniente alguno para atribuir el conocimiento de la revisión al mismo tribunal ante el que la sentencia ganó firmeza, porque en principio la resolución que hubiera dictado de conocer la existencia de alguna de las causas de revisión sería otra. Ahora bien, en el supuesto concreto de un recurso de revisión frente a sentencia dictada en un proceso contra personas aforadas, en el que ambas competencias se atribuyen al propio TS quizá sea

¹⁴⁷ En contra se manifiesta MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, op. cit, p. 251, desde la perspectiva innovadora de su teoría de la incompatibilidad de funciones, estima que debe extenderse al conocimiento de cualquier recurso posterior, tanto sea de apelación como casación, anulación, suplicación e incluso revisión.

¹⁴⁸ MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, op. cit, p. 435.

cuestionable esta confusión de atribuciones¹⁴⁹.

Así MONTERO AROCA considera que no existen razones de incompatibilidad en el conocimiento sucesivo por el mismo juez de la instancia para que vuelva a conocer una vez anulada la resolución por apreciar quebrantamiento de forma o cuando la misma se hubiese rescindido por estimar concurrentes los motivos de revisión o los motivos que posibilitan la audiencia al rebelde, pero no extiende tal apreciación al conocimiento del *iudicium rescidens*¹⁵⁰.

III. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA CAUSA 219.5 LOPJ CIRCUNSCRITO A «HABER EMITIDO DICTAMEN SOBRE EL PLEITO O CAUSA COMO LETRADO, O INTERVENIDO EN ÉL COMO FISCAL, PERITO O TESTIGO».

1. HABER EMITIDO DICTAMEN SOBRE EL PLEITO O CAUSA COMO LETRADO.

Esta causa de recusación dividida en diversos incisos tiene por finalidad evitar el prejuicio o conocimiento previo de los hechos que una previa toma de contacto del juez con el objeto del proceso

¹⁴⁹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 765.

¹⁵⁰ MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad...* op. cit., pp. 251-252 y 260.

le pudiese trasladar. El cuál puede tener lugar por medio de una intervención en el proceso en otro concepto distinto al que ahora desempeña, bien como abogado, procurador, fiscal, testigo o perito.

La disposición «haber emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado» como causa de recusación, junto a la de «haber sido defensor o representante de alguna de las partes», como ya tuvimos ocasión de expresar al analizar esta última, posibilitaba su inclusión dentro de las causas de naturaleza mixta. Por ello, es por lo que en este apartado circunscribiremos nuestro análisis a la segunda causa que previene este precepto «haber emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado».

Esta causa como señala el profesor PRIETO CASTRO sale al paso del absurdo que constituiría un juez recogiendo sus propios argumentos emitidos como defensor o fiscal, o bien valorando el dictamen o las declaraciones que el mismo hubiere prestado en calidad de perito o testigo ¹⁵¹.

El dictamen en cuanto opinión o juicio que se forma o emite sobre un asunto, puede recaer bien sobre el objeto principal, bien respecto a cualquiera de sus incidencias¹⁵², y no tiene por que adoptar una forma determinada por lo que es

¹⁵¹ PRIETO CASTRO, *Derecho de los tribunales*, Madrid, 1986, p. 279.

¹⁵² Vid. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...op. cit.*, p. 379.

admisible que ésta se hubiese verificado tanto de una forma escrita como en forma verbal.

En cualquier caso, tradicionalmente se ha considerado que el dictamen debía incorporar alguna sugerencia o instrucción respecto al comportamiento procesal de las partes, porque «los juicios privados respecto a la persona del reo o sobre el hecho objeto de enjuiciamiento si no concurre además alguna sugerencia o instrucción para el comportamiento procesal de las partes, aunque hubiese sido más adecuado no hacerlos no constituyen causa de recusación»¹⁵³.

Sin embargo en la actualidad parece no existir inconveniente en incluir en el ámbito de comprensión de esta causa las manifestaciones «indebidas» que hubieren sido realizadas por el juez sobre el objeto del proceso, o sobre el comportamiento de las partes. Así se infiere de la STC 162/99 a *contrario sensu*, en un caso en el que el juez dio una respuesta estigmatizante de la conducta de una de las partes, incitado por las graves imputaciones referidas contra él por dicha parte. El Tribunal reconoce que tales manifestaciones no le alinearon con ninguna de las partes, ni sirvieron de auxilio a las pretensiones de la acusación, aunque se consideró conculcada la imparcialidad judicial no lo hizo apreciando la concurrencia de esta causa, así señala «la salvaguarda de su propia imparcialidad

¹⁵³ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios ...op. cit.*, p. 40.

les impone un específico deber de reserva que tanto les impide utilizar como argumento el propio objeto del enjuiciamiento para reaccionar frente a los ataques verbales, como anticipar cualquier veredicto sobre la culpabilidad del acusado o sobrepasar el límite que les haga aparecer, a los ojos del acusado o de los ciudadanos en general, incursos en un enfrentamiento personal con aquél, distinto y superior al que estructuralmente se establece entre quienes han de decidir sobre el fundamento de una acusación penal, y quien es objeto de la misma. Por tanto, la constatación de que las manifestaciones que sirven de fundamento a la queja no eran sino réplica de otras precedentes del acusado no es justificación suficiente de su contenido desde la perspectiva de la debida imparcialidad».

Consecuentemente, debiera estimarse incurso en esta causa de recusación el juez que en el ejercicio de sus funciones haga manifestaciones indebidas de su convencimiento sobre el objeto sometido a enjuiciamiento, o que ha título particular ponga de manifiesto su parecer ya sea sobre el objeto del proceso o sobre el juicio que le merece la persona del reo.

El riesgo que para la imparcialidad puede suponer las manifestaciones que llevan a cabo los miembros del Poder Judicial ha sido objeto de preocupación tanto para el CGPJ como para la

Fiscalía General del Estado ¹⁵⁴, para cuya solución se propuso canalizar las informaciones sobre asuntos judiciales a través de la creación de una oficina de prensa, lo cual tras ser objeto de una recia crítica no se llevo a efecto.

La manifestación indebida del convencimiento del juez sobre hechos objeto de imputación en el ejercicio de sus funciones constituye causa de recusación en el ordenamiento italiano¹⁵⁵, y halla su fundamento en la consideración de que el juez que ha expresado su convencimiento difícilmente puede rectificar¹⁵⁶.

Pero en ningún caso constituirá causa de separación judicial el parecer expresado o la opinión que en relación a una cuestión objeto de decisión en un determinado proceso haya emitido el juez en publicaciones de naturaleza científica y cultural, o en debates o conferencias de la misma naturaleza.

El término «letrado» empleado en este inciso, estableciendo una neta diferencia con respecto al término utilizado en el primer inciso «defensor», le

¹⁵⁴ Vid. Acuerdo 5-11-1986 y de 25-1-1995 e Instrucción 3/1993 de 16-3.

¹⁵⁵ Así en el art. 37.1º comma, lett. b. CPP. Por su parte el art. 668 del Code de Procedure Pénale de 31 de Diciembre de 1957 dispone como causa de recusación que entre el juez o su cónyuge y una de las partes, hubiesen existido manifestaciones lo bastante graves como para hacer sospechar sobre su imparcialidad.

¹⁵⁶ Vid TREVISSON LUPACHINI, *La ricasazione del giudice nel processo penale*, Milano, 1996, p. 145.

confiere una amplitud conceptual que posibilita incluir el asesoramiento llevado a cabo por cualquier perito experto en derecho¹⁵⁷. Pero en este caso a diferencia del anterior si se produce una concreta delimitación material del dictamen al objeto de la causa o pleito.

2. HABER SIDO FISCAL, PERITO O TESTIGO.

Al igual que ocurre en los anteriores supuestos, este inciso pretende garantizar que el conocimiento de los hechos que hubiese podido haber adquirido el juez sea consecuencia de la actividad probatoria desarrollada por las partes en el proceso, sin que ningún conocimiento privado del juez ajeno al proceso pueda interferir en la valoración de las pruebas practicadas ante él.

La dicción literal del precepto sólo permite estimar constitutivo de la misma el hecho de haber intervenido¹⁵⁸, sin que al efecto pueda considerarse

¹⁵⁷ RD 658/2001 de 22 junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española dispone en el art. 6: «Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico», y por su parte el art. 9 señala que «son abogados quienes incorporados a un colegio español de abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados».

¹⁵⁸ Este precepto trata de evitar que quien debe valorar un medio de prueba se convierta a la vez en medio de prueba, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, op. cit., p. 42.

suficiente el hecho de haber sido propuesto para tal fin, por lo que la apreciación de concurrencia de esta causa requiere que el testigo haya depuesto y el perito haya emitido dictamen¹⁵⁹.

Sin embargo, no podemos olvidar que esta causa en última instancia tiene por finalidad prevenir que el juez afronte el enjuiciamiento con algún prejuicio adquirido a consecuencia de un conocimiento extraprocesal de los hechos, o de una intervención previa en otro concepto.

Por ello desde un punto de vista teleológico en lo que concierne a la prueba testifical pudiera parecer más adecuado atenerse al aspecto material de la condición de testigo que al hecho formal de haber sido propuesto. En este sentido, no parece adecuado limitar el ámbito de comprensión de esta causa de recusación al hecho de haber intervenido en calidad de testigo; el juez podría haber sido testigo de los hechos y ni tan siquiera haber sido citado para declarar, en cuyo caso no obstante haberse podido formar una opinión o prejuicio del asunto no sería recusable. Sí lo que se pretende con el establecimiento de esta causa de recusación es evitar que el juez tenga un conocimiento de los hechos previo al que se deriva de los autos y las

¹⁵⁹ Como señala PRIETO CASTRO, *Derecho de los Tribunales*, op. cit., p. 279, este motivo sale al paso del absurdo que constituiría un juez recogiendo sus propios argumentos emitidos como defensor o fiscal, o bien valorando el dictamen o las declaraciones por él mismo prestadas en calidad de perito o testigo.

pruebas, debiera prevalecer el aspecto material de la condición sobre un puro formalismo¹⁶⁰.

Diversa consideración es la que merece el dictamen pericial, en cuanto que el perito es una persona que aporta al proceso conocimientos técnicos, científicos o artísticos que son específicos de un determinado ámbito del saber. En todo caso la diversa naturaleza del conocimiento que suministra en el proceso el testigo y el perito debe tener incidencia a la hora de configurar esta causa de recusación por lo que procede un análisis diferenciado con respecto a la anterior.

En efecto mientras el saber del testigo se caracteriza por ser particular, subjetivo e insustituible, el conocimiento que suministra el perito es universal, está desligado del caso concreto y basado en la apreciación y estudio de otros muchos, por lo que es un saber objetivo y sustituible por el de cualquier otro que tenga esos conocimientos¹⁶¹.

Por consiguiente uno y otro supuesto no pueden resultar parangonables en ningún caso. Así teniendo en consideración que el dictamen de peritos constituye un medio de prueba cuyo objeto no son los hechos objeto de debate, sino circunstancias no

¹⁶⁰ Como resalta SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio ...*, op. cit., p. 187.

¹⁶¹ CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Madrid, 2001, p. 308.

fácticas que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pide; y por otra parte, que el perito aporta el conocimiento de máximas de la experiencia o conocimientos técnicos que pertenecen al acervo cultural de la sociedad, por lo que su practica no resulta necesaria cuando el juez las conozca, entendemos que a diferencia de lo que propugnado para cuando el juez hubiese adquirido la condición de testigo, no se puede recusar a un juez por tener unos conocimientos específicos sobre un determinado asunto, porque estaríamos negando que el órgano judicial pueda sustituir el conocimiento objetivo del perito por el suyo, igualmente objetivo y universal¹⁶².

¹⁶² Vid. CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil*. op. cit., pp. 308-309, «si el juez tiene las máximas de la experiencia necesarias para el conocimiento y valoración del objeto del debate, no necesitará que en el proceso se practique prueba pericial».

Reunido el Tribunal que suscribe en el día
de la fecha, acordó conceder a la presente
Tesis Doctoral la calificación de:

SOBRESALIENTE CUM LAUDE por unanimidad

Madrid: 2-6-03

14
[Signature] [Signature]

Andrés de la Oliva [Signature]